

sozialstaatliche Verantwortung des Gesetzgebers für Gestalt und Entwicklung der Gesellschaft zieht.

VI. Schluß

Der Funktionswandel der tarifvertraglichen Besetzungsregelungen von einem Mittel des Arbeitsschutzes zu einem Instrument der Arbeitsmarktpolitik bezeugt in selten drastischer Form die Möglichkeit eines Konflikts zwischen Tarifvertragspraxis und ordnungspolitischen Grundentscheidungen des staatlichen Rechts. Er führt damit eindringlich vor Augen, daß privatautonome Sozialgestaltung einerseits und staatliche Sozialgestaltung andererseits aufeinander abgestimmt werden müssen, wenn wechselseitige Neutralisierung vermieden werden soll. Die Art und Weise dieser Abstimmung muß den unterschiedlichen Legitimationsgrundlagen der an der privatautonomen und an der staatlichen Sozialgestaltung Beteiligten Rechnung tragen: Die Grundsatzentscheidung über die Gestalt der Sozialordnung steht dem Staat als dem Inhaber des Mandats der Allgemeinheit zu, der dabei allerdings von Verfassungs wegen auf die Wahl einer Ordnung festgelegt ist, die die Privat-(einschließlich der Tarif-)autonomie zu integrieren vermag. Sache der privatautonomen Regelung ist es, den Ordnungsrahmen zu konkretisieren und auszufüllen. Unvermeidlich ist, daß auf diese Weise der Spielraum der Privatautonomie schrumpft. Wer das nicht hinnehmen will, muß die Verantwortung des Staates für die Gerechtigkeit der sozialen Verhältnisse, d. h. den Sozialstaat, per Verfassungskorrektur verabschieden. Natürlich bedeutet das nicht, daß die Tarifvertragsparteien ein so zentrales Problem wie die sozialen Folgen der Rationalisierung nicht mehr anpacken können. Wenn der Tarifvertrag z. B. Abfindungen für ältere Arbeitnehmer, Umschulungsansprüche oder dem unterschiedlichen Grad der Mobilität angepaßte längere Kündigungsfristen vorsieht, so ist dagegen absolut nichts einzuwenden. Im Gegenteil: Derartige Rationalisierungsschutzabkommen sorgen in der für den Tarifvertrag funktionstypischen Art und Weise dafür, daß betriebswirtschaftliche Kostenüberlegungen nicht ohne Rücksicht auf schutzwürdige Interessen der betroffenen Arbeitnehmer durchschlagen. An eine Grenze müssen jedoch Versuche stoßen, den Arbeitskräftebedarf festzuschreiben und dadurch von vornherein gegen den Einfluß der Rationalisierung zu immunisieren. Denn dadurch wird nicht nur die Systementscheidung des Gesetzgebers in ihrer sozialen Komponente ergänzt, sondern partiell mit weitreichenden Konsequenzen für die Funktionsfähigkeit der Gesamtordnung außer Kraft gesetzt: Die Steuerung der Berufsentscheidung des einzelnen durch den Markt soll zugunsten einer künstlichen Bedarfsfixierung weichen. Wenn das staatliche Recht die Verantwortung für die Gerechtigkeit in der Gesellschaft trägt, kann es eine solche Ablösung seines z. T. von der Verfassung vorgegebenen Gerechtigkeitsmaßstabes (Verteilung der Berufschancen nach Maßgabe des gesellschaftlichen Bedarfs an den angebotenen Berufsleistungen) nicht dulden.

Die Zulässigkeit von Rationalisierungsschutzabkommen in Tarifverträgen

Von Privatdozent Dr. jur. Ingo Koller, München

A. Problemstellung	3. Die Aussagekraft der Mitbestimmungsregelungen
B. Streitstand	4. Der Schutz der Außenseiter
C. Kritik und Entwicklung der Grundzüge eines Lösungsvorschlags	IV. Der Spielraum schuldrechtlich wirkender Abreden
I. Der Wortlaut des Tarifvertragsgesetzes	V. Vereinbarkeit mit Art. 9 Abs. 3 GG
II. Die Schutzfunktion des Tarifvertragsgesetzes	D. Fallgruppen
III. Die Beschränkung der Tarifaufonomie durch gesamtwirtschaftliche Zielsetzungen und die Notwendigkeit eines Außenseiterschutzes	I. Investitionsverbote
1. Gefahren der Tarifaufonomie	II. Beschäftigungsgebote und -verbote
2. Die Aussagekraft des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)	III. Ausgleichszahlungen
	IV. Kündigungsbeschränkungen
	E. Zusammenfassung

A. Problemstellung

Der ständige technische und organisatorische Fortschritt einerseits und die wirtschaftliche Stagnation andererseits haben zu erheblicher struktureller Arbeitslosigkeit¹ geführt. Für die Gewerkschaften muß dies die Frage provozieren, wie sie die Gefährdung der Arbeitsplätze mit Hilfe von Rationalisierungsschutzvereinbarungen bannen können.

Ein berühmt-berüchtigtes Beispiel für derartige Abreden ist die Vereinbarung, der durch die Umstellung von Dampf- auf Diesellokomotiven überflüssig gewordene Heizer müsse weiterhin auf den Maschinen mitfahren. Weniger spektakulär, aus der Sicht der Arbeitsplatzsicherung jedoch ebenso effizient, ist eine Regelung, der zufolge die Tagesleistung eines Malers auf die Fläche begrenzt wird, die normalerweise mit dem Pinsel gestrichen werden kann, auch wenn Spritzpistolen eingesetzt werden².

1 Zum Begriff und den Ursachen struktureller Arbeitslosigkeit vgl. *Hardes*, in: *Külp/Haas* (Hrsg.), *Soziale Probleme der Industriegesellschaft* (1977), S. 73 ff.

2 Vgl. den Bericht *Biedenkopfs*, *Unternehmer und Gewerkschaft* (1961), S. 111 ff., über das »Feather-bedding« in den USA.

In der Bundesrepublik ist in der Vergangenheit von Rationalisierungsschutzabkommen nur verhältnismäßig zurückhaltend Gebrauch gemacht worden. So wurden etwa im graphischen Gewerbe eine Verlängerung der Kündigungsfristen – gestaffelt nach Alter –, Ausgleichszahlungen sowie eine Pflicht des Arbeitgebers vereinbart, zu prüfen, ob eine Entlassung durch Umsetzung, Berufswechsel oder sonstige geeignete Maßnahmen verhindert werden könne³.

In jüngerer Zeit sind jedoch für den Rationalisierungsprozeß erheblich einschneidendere Abreden im Gespräch. Als Beispiel sei nur der Versuch der IG Druck und Papier genannt, die Position von Setzern, die durch das Lichtsatzverfahren gefährdet ist, dadurch zu festigen, daß die Ausführung von Fotosatzarbeiten, die auch Ungelernte zu bewältigen imstande sind, ausschließlich Facharbeitern vorbehalten bleiben müsse. Diese Regelung soll durch eine Abrede über die Anzahl der Beschäftigten in den Fertigungssystemen abgesichert werden⁴.

B. Streitstand

In der Literatur gehen die Ansichten über die Zulässigkeit von Rationalisierungsschutzabkommen auseinander. Die wohl herrschende Meinung lehnt eine tarifliche Regelung der Rationalisierungsprozesse ab. Die Tarifautonomie sei auf Lohn- und Arbeitsbedingungen begrenzt⁵. Dabei wird teils ein enger⁶, teils aber auch nur ein mittelbarer⁷ Bezug zum Arbeitsverhältnis gefordert, der schon dann gewahrt sei,

3 Vgl. z. B. die Rationalisierungsschutzabkommen des graphischen Gewerbes sowie der Metallindustrie, abgedr. RdA 1968, S. 222 f., 261 f.; weitere statistische Angaben über Rationalisierungsschutzabkommen RdA 1976, S. 255, 322 f. Zu den Rationalisierungsschutzvereinbarungen muß man auch eine Abrede zählen, der zufolge von Fachkräften bei der Bedienung neu entwickelter Maschinen, an denen nun auch – früher – fachfremde Arbeitskräfte eingesetzt werden können, trotz gleicher Bezahlung nur eine geringere Arbeitsgeschwindigkeit verlangt werden darf. Vgl. Ziff. I b 2 des Spartenanhangs des Manteltarifs des graphischen Gewerbes vom 1. 4. 1959. Eine abgeschwächte Regelung findet sich jetzt in II 2 des Anhangs zum Manteltarifvertrag der Druckindustrie vom 1. 1. 1974.

4 Vgl. Zachert, GewMH 1977, S. 287 f.

5 Nipperdey, Festschrift Küchenhoff (1967), S. 146 f.; Reuß, J.Jahrb. 4 (1963/64), S. 178; Rütters, Tarifmacht und Mitbestimmung in der Presse (1975), S. 32; Seiter, Streikrecht und Aussperrungsrecht (1975), S. 490 f.; Wiedemann/Stumpf, TVG, 5. Aufl. (1977), Einl., Anm. 186, 188; Zöllner, Arbeitsrecht (1977), S. 256.

6 Vgl. Forsthoff, BB 1965, S. 385 f.; Hueck/Nipperdey/Stahlhacke, TVG, 4. Aufl. (1964), § 1 Anm. 47; Nipperdey, Festschrift Küchenhoff (Fn. 5), S. 146 f.; Schelp, Festschrift Nipperdey (1965), Bd. II, S. 592.

7 Vgl. Seiter (Fn. 5), S. 490 f.; Gamillscheg, Die Differenzierung nach Gewerkschaftszugehörigkeit (1966), S. 81 f.; Richardi, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses (1968), S. 180, spricht von »innerem Zusammenhang«.

wenn die Tarifklausel eine Gefährdung von Arbeitsplätzen abwenden soll⁸. Zugleich wird aber auch betont, daß auf den Unternehmer als solchen kein Druck ausgeübt werden dürfe⁹. Die Tarifparteien müßten – so wird ohne eingehende Begründung vorgebracht – das gesamtwirtschaftliche Gefüge achten. Es werde durch die Planungshoheit des Unternehmers und die grundsätzliche Gewährleistung des Wettbewerbs charakterisiert¹⁰. Deshalb müßten sich die Tarifvertragsparteien auf solche Materien beschränken, die sich aus der marktmäßigen Sonderstellung abhängiger Arbeit in einer freiheitlichen und marktwirtschaftlichen Industriegesellschaft ergäben¹¹.

Demgegenüber betonen andere, daß man den Begriff »Wirtschaftsbedingungen« in Art. 9 Abs. 3 GG nicht einfach über Bord werfen dürfe¹². Aufgabe der Tarifautonomie sei es ganz allgemein, Konflikte zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern auszutragen und in beiderseits akzeptablen Regelungen aufzufangen¹³. Hierbei falle den Gewerkschaften auch eine soziale Gestaltungsaufgabe zu; denn die Unternehmenspolitik müsse von ihren konkreten Auswirkungen auf die Existenz des einzelnen Arbeitnehmers her beurteilt werden¹⁴. Es sei somit letztlich Sache der Koalitionen, ihre Aufgaben in dem Bereich zu definieren, der individualvertraglichen Regelungen zugänglich sei¹⁵.

Auf einer mittleren Linie bewegt sich die These, daß die Gewerkschaften zwar den Rationalisierungsprozeß mit Hilfe von Tarifverträgen beeinflussen dürften. Es sei ihnen aber verwehrt, sich die Befugnis zu Einzelfallentscheidungen¹⁶ auszubedingen¹⁷; denn in einer Wettbewerbswirtschaft müsse der Unternehmer seine Planungs- und Koordinierungsfunktion frei von rechtlichen Bindungen an Dritte,

8 Seiter, Streikrecht (Fn. 5), S. 490 f.

9 Vgl. die in Fn. 5 Genannten. Ferner *Richardi*, Kollektivgewalt (Fn. 7), S. 181.

10 *Richardi*, Kollektivgewalt (Fn. 7), S. 181; ähnlich *Hölters*, Harmonie normativer und schuldrechtlicher Abreden in Tarifverträgen (1973), S. 152; *Wiedemann/Stumpf*, TVG (Fn. 5), Einl., Anm. 188; vgl. auch *Reuter*, Festschrift Böhm (1975), S. 526, 530 ff.

11 *Rüthers*, Tarifmacht (Fn. 5), S. 15.

12 Vgl. *Krüger*, Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages (1966), Bd. I, S. 21 f.; vgl. auch *Hölters*, Harmonie (Fn. 10), S. 43; *Säcker*, Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit (1969), S. 59.

13 *Simitis*, AuR 1975, S. 327 ff.

14 *Simitis*, AuR 1975, S. 328.

15 *Herschel*, Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, Bd. II, S. D 7 ff., 16 ff., 33; so im Ergebnis auch *Däubler*, in: Kittner, Streik und Aussperrung (1974), S. 445, 520 f.; kritisch *Wiedemann/Stumpf*, TVG (Fn. 5), Einl., Anm. 161.

16 Zum Problem von Einzelfallentscheidungen in Tarifverträgen *Säcker*, Gruppenautonomie und Übermachtkontrolle im Arbeitsrecht (1972), S. 269 ff.

17 *Biedenkopf*, Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages (1966), Bd. I, S. 158 ff.; unklar *Richardi*, Kollektivgewalt (Fn. 7), S. 181.

die nicht den Charakter berechenbarer Daten trügen, vornehmen können¹⁸. Einen Kompromiß sucht auch die Auffassung zu finden, die den Tarifvertrag zum tauglichen Instrument zur Steuerung des technischen und organisatorischen Wandels erklärt, hierbei aber den Arbeitskampf ausgeschaltet wissen will¹⁹.

C. Kritik und Entwicklung der Grundzüge eines Lösungsvorschlags

I. Der Wortlaut des Tarifvertragsgesetzes

Überprüft man diese Ansichten am Wortlaut des § 1 Abs. 1 TVG, derjenigen Norm²⁰, die – vorbehaltlich der Notwendigkeit einer verfassungskonformen Auslegung – die Reichweite der Tarifautonomie umreißt, so spricht vieles dafür, daß Tarifabreden, die Rationalisierungsvorhaben unterbinden oder weitgehend leerlaufen lassen, unbeschränkt zulässig sind.

Der Kreis der schuldrechtlich wirkenden Abreden ist im Tarifvertragsgesetz überhaupt nicht näher beschrieben. Es ist lediglich davon die Rede, daß der Tarifvertrag die Rechte und Pflichten der Tarifvertragsparteien regelt. Auch der tariflichen Normen offenstehende Rahmen ist mit den Worten »Rechtsnormen, die den Inhalt, den Abschluß und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen sowie betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen ordnen können« sehr weit gezogen. So könnte man denn als Argument für eine Expansion der Tarifmacht vorbringen, daß § 1 Abs. 1 TVG die Notwendigkeit eines engen oder auch nur mittelbaren Bezuges zum Arbeitsverhältnis nicht anklingen lasse. Soweit normativ wirkende Abreden über Rationalisierungsvorhaben getroffen werden sollen, müssen sie freilich zum Inhalt des Arbeitsverhältnisses oder zu den betrieblichen Fragen gehören. Diese Kriterien stellen jedoch für Rationalisierungsschutzabreden kein Hindernis dar, wenn man zum Inhalt des Arbeitsverhältnisses alle die beiderseitige subjektive Äquivalenz²¹ tragenden Austauschbedingungen zählt, zu denen Dienstleistun-

18 Ähnlich *Reuter*, ZfA 1974, S. 288.

19 *Krüger*, 46. DJT (Fn. 12), Bd. I, S. 41 ff., 62 ff.

20 *Zöllner*, Tarifvertragliche Differenzierungsklauseln (1967), S. 21 ff., 35; *Richardi*, Kollektivgewalt (Fn. 7), S. 208; *Säcker*, Gruppenautonomie (Fn. 16), S. 252, 268 f.; *W. Blo-meyer*, DB 1977, S. 103 f.; für irrelevant halten diese Frage *Wiedemann/Stumpf*, TVG (Fn. 5), Einl., Anm. 159; kritisch: *Hölters*, Harmonie (Fn. 10), S. 58, abweichend S. 95; *Coester*, Vorrangprinzip des Tarifvertrages (1974), S. 121; a. A. *Rüthers*, Tarifmacht (Fn. 5), S. 14 ff.; *Biedenkopf*, Grenzen der Tarifautonomie (1964), S. 103 ff., der die Tarifautonomie unmittelbar auf Art. 9 Abs. 3 GG stützt.

21 Zum Begriff der subjektiven Äquivalenz vgl. *van den Daele*, Probleme des gegenseitigen Vertrages (1968), S. 8 ff.

gen, die in persönlicher Abhängigkeit erbracht werden, durch eine Form der Gegenleistung entgolten werden. Diese Austauschbedingungen brauchen sich dann nicht auf typische Varianten zu beschränken²²; sie stehen der sozialen Entwicklung offen gegenüber. Von diesem Standpunkt aus könnten auch normativ wirkende Rationalisierungshindernisse, die als Einsatzbeschränkungen ausgestaltet sind, mit dem Wortlaut des § 1 Abs. 1 TVG in Einklang gebracht werden²³. Das heißt beispielsweise: Der Arbeitgeber wird den tarifgebundenen Arbeitnehmern gegenüber verpflichtet, sie nur an den überkommenen Bleisatzmaschinen oder mit der Weiterverarbeitung von Druckbögen zu beschäftigen, die im Bleisatzverfahren hergestellt worden sind. Dieser Ansatz kann nicht schon mit dem Einwand zu Fall gebracht werden, daß hier die Sphäre des Unternehmers tangiert sei; denn der Arbeitgeber ist immer zugleich auch Unternehmer²⁴, wenn er Austauschverträge über den Produktionsfaktor »Arbeitskraft«²⁵ abschließt und die Bedingungen vereinbart, unter denen er ihn mit anderen Produktionsfaktoren zur Erzeugung neuer Güter kombinieren kann²⁶.

Ob diese Auslegung der Begriffe »Inhalt des Arbeitsverhältnisses« nicht zu weit geht, ob sie insbesondere angesichts der Entstehungsgeschichte des Tarifvertragsgesetzes voll haltbar ist, braucht hier – wie sich zeigen wird – nicht abschließend geklärt zu werden. Im folgenden soll daher von der Hypothese ausgegangen werden, daß Wortlaut und Entstehungsgeschichte des Tarifvertragsgesetzes den Rationalisierungsschutzvereinbarungen keine Schranken ziehen.

II. Die Schutzfunktion des Tarifvertragsgesetzes

Auch eine isolierte teleologische Interpretation²⁷ des Tarifvertragsgesetzes vermag die herrschende Meinung nicht zu bestätigen. Die den Gewerkschaften und Arbeitgebern zugestandene Tarifautonomie soll anerkanntermaßen die wirtschaftliche

22 So auch Zöllner, ArbR (Fn. 5), S. 256, der damit den Tarifvertragsparteien die Möglichkeit sichern will, »tarifpolitisches Neuland« zu betreten.

23 Vgl. auch Mathys, Das Verhältnis zwischen Kartellrecht und kollektivem Arbeitsrecht (1969), S. 33 ff.; Müller-Peddinghaus, Die Arbeitnehmerbeteiligung an wirtschaftlichen Unternehmen nach deutschem und amerikanischem Recht, Diss. Münster 1968, S. 68 ff.

24 Vgl. Zöllner, ArbR (Fn. 5), S. 5.

25 Vgl. Schwerdtner, ZfA 1977, S. 54.

26 Zu diesem Ergebnis muß man auch vom Standpunkt Reuters (ZfA 1974, S. 288) kommen, der fordert, daß dem Unternehmer nur wirtschaftliche Daten gesetzt werden dürfen, auf die er reagieren könne.

27 Zur Bedeutung der »Schutzfunktion« für die Grenzen der Tarifmacht vgl. Rütters, Tarifmacht (Fn. 5), S. 24 ff.; ablehnend Richardi, Kollektivgewalt (Fn. 7), S. 183 m.N.; Wiedemann/Stumpf, TVG (Fn. 5), Einl., Anm. 4; Söllner, Arbeitsrecht, 5. Aufl. 1976, S. 129, der aber in dem von ihm gebildeten Beispiel übersieht, daß Nachteile für die Arbeitnehmer, die kompensiert werden, durchaus mit dem Schutzprinzip im Einklang stehen.

und soziale Abhängigkeit der Arbeitnehmer zumindest partiell beseitigen²⁸. Diese ratio legis deckt sämtliche Rationalisierungsschutzvereinbarungen, die der Erhaltung von Arbeitsplätzen dienen²⁹.

III. Die Beschränkung der Tarifaufonomie durch gesamtwirtschaftliche Zielsetzungen und die Notwendigkeit eines Außensichterschutzes

1. Gefahren der Tarifaufonomie

Man darf nun jedoch nicht übersehen, daß das Tarifvertragsgesetz den Schutz der Arbeitnehmer in einem System der countervailing power ermöglicht³⁰. Dieses System gewährleistet tendenziell einen »richtigen«³¹ Interessenausgleich zwischen³² den Parteien. Es hat aber im Unterschied zu einem reinen Wettbewerbssystem den Nachteil, daß die nach dem Gegenmachtprinzip geordneten Parteien nur zu leicht versucht sind, ihre Interessenkonflikte zu Lasten Dritter und der Allgemeinheit zu lösen³³. Hier ist zum einen an das Interesse der Allgemeinheit an wirtschaftlichem Wachstum und an einer technischen sowie organisatorischen Innovation der Produktions- und Verwaltungsstrukturen zu denken. Sie sichern in einer dynamischen Wirtschaft eine Verbraucherversorgung mit qualitativ höherwertigeren oder preisgünstigeren Gütern. Diese Interessen werden durch Rationalisierungsschutzabkommen stark gefährdet^{33a}; denn vor allem die nach dem Industrieverbandsprinzip organisierten Gewerkschaften können – soweit es die Konkurrenz ausländischer Produzenten zuläßt^{33b} – dafür sorgen, daß der Rationalisierungen auslösende Wett-

28 Vgl. *Wiedemann/Stumpf*, TVG (Fn. 5), Einl., Anm. 2 ff. m. N. Die Grenzen der Schutzfunktion werden freilich recht unterschiedlich weit bemessen; vgl. *Biedenkopf*, Grenzen (Fn. 20), S. 170 ff.; *Biedenkopf*, Verh. d. 46. DJT (Fn. 17), S. 163, einerseits und *Gamillscheg*, Differenzierung (Fn. 7), S. 78 f.; *Richardi*, Kollektivgewalt (Fn. 7), S. 183 f.; *Hölter*, Harmonie (Fn. 10), S. 138 f., andererseits.

29 Vgl. *Seiter*, Streikrecht (Fn. 5), S. 492; *Biedenkopf*, Verh. d. 46. DJT (Fn. 17), Bd. I, S. 160; vgl. auch *Simitis*, AuR 1975, S. 323; kritisch *Richardi*, Kollektivgewalt (Fn. 7), S. 181.

30 Vgl. *Säcker*, Grundprobleme (Fn. 12), S. 20; *Reuter*, Festschrift Böhm (1975), S. 548.

31 *Coester*, Vorrangprinzip (Fn. 20), S. 128; v. *Arnim*, Gemeinwohl und Gruppeninteressen (1977), S. 101.

32 v. *Arnim*, Gemeinwohl (Fn. 31), S. 104.

33 Vgl. allgemein zu den mit dem Prinzip der countervailing power verbundenen Gefahren *Schuhmacher*, ZHR 140 (1976), S. 317 ff., bes. S. 328 f.; ferner v. *Arnim*, Gemeinwohl (Fn. 31), S. 102 ff., jeweils m. w. N.

33a Zur Auswirkung auf die Allokation vgl. *Weinstein*, American Economic Review, Papers and Proceedings, Bd. 54 (1964), S. 146, differenzierend zur Beeinträchtigung der Innovationsgeschwindigkeit, S. 148 f.

33b *Weinstein* (Fn. 33a), S. 146.

bewerbsdruck innerhalb einer Branche ausgeschaltet wird. Das erhöht die Neigung der Unternehmen, der Gefahr eines Arbeitskampfes auszuweichen und sich auf Rationalisierungsschutzabkommen einzulassen, da sie sicher sein können, daß hierdurch ihre Erlössituation nicht wesentlich getroffen wird.

Nicht nur die Interessen der Allgemeinheit werden durch Tarifverträge, die den Rationalisierungsprozeß regeln, tangiert. Auch die Position der Außenseiter bleibt von ihnen nicht unberührt^{33c}. Man stelle sich nur den Fall vor, daß eine Gewerkschaft ein für Ungelernte Arbeitsplätze schaffendes Automationsvorhaben verzögert oder blockiert, weil in ihr ausschließlich Facharbeiter organisiert sind, die durch eine Automatisierung die besondere Kenntnisse erfordernden Arbeitsplätze verlieren würden.

Diese dem System der countervailing power immanenten Gefahren dürfen nicht einfach hingenommen werden. Sie rechtfertigen eine Einschränkung der Tarifautonomie, soweit sie wichtige vom Gesetz geschützte Gemeinschaftswerte oder die Position der Außenseiter übermäßig bedrohen. Die ratio des Tarifvertragsgesetzes kann nämlich nicht bloß Schutz der Arbeitnehmer durch Erlaubnis zu beliebiger Machtausübung heißen³⁴. Sie kann – mit anderen Worten – nicht von der Beachtung des vom Gesetzgeber definierten Gemeinwohles und der Rechte Dritter dispensieren.

2. Die Aussagekraft des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)

a) Unter dem Aspekt der Einpassung der Tarifautonomie in den gesamtwirtschaftlichen Rahmen stützt sich die herrschende Meinung vielfach mehr oder minder offen³⁵ auf den im GWB institutionalisierten³⁶ Wettbewerbsgedanken³⁷. Im Zusammenhang mit Rationalisierungsschutzabkommen liegt es daher nahe, sich auf die Begründung des Regierungsentwurfes dieses Gesetzes zu berufen. Dort³⁸ heißt

33c Vgl. *Weinstein* (Fn. 33a), S. 146 f.

34 *Richardi*, Kollektivgewalt (Fn. 7), S. 123.

35 Vgl. die in Fn. 10 Genannten.

36 *Mestmäcker*, AcP 168 (1968), S. 237 ff.; *Steindorff*, Festschrift Raiser (1974), S. 632 ff., bes. S. 639 ff.; *Böhm*, Ordo XVII (1966), S. 95 ff.; *Reuter*, Privatrechtliche Schranken der Perpetuierung von Unternehmen (1973), S. 37 ff. m. w. N.

37 Ähnlich im Ansatz *Rüthers*, Tarifmacht (Fn. 5), S. 33 f., der sich auf die fundamentale Bedeutung der Eigentumsordnung stützt. Letztlich verweist auch er wieder auf die Ordnung des Marktes durch den Wettbewerb zurück; denn der funktionelle Wert des Eigentums hängt immer davon ab, wie der Markt organisiert ist, auf dem das Eigentum zur Erzielung von Nutzen eingesetzt wird. Als Marktform schwebt dabei *Rüthers* offensichtlich ein von einer Vielzahl von Wettbewerbern geprägter Markt vor Augen.

38 Begründung zum Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, abgedr. bei *Müller-Henneberg/Schwarz*, GWB, 1. Aufl. 1958, S. 1057, 1059. Etwaige im Zusammenhang mit dem Schutz des Wettbewerbes auftauchende Zielkonflikte (dazu: *Reuter*, Schranken [Fn. 36], S. 42 ff.; *I. Schmidt*, US-amerikanische und deutsche Wettbewerbs-

es: Der Wettbewerb ist ein Mittel zur Leistungssteigerung und Fortschrittsförderung; ihm wohne die Tendenz zu einer bestmöglichen Versorgung der Verbraucher inne; ständische Zielsetzungen – die sich charakteristischerweise in einer Blockade des technischen Wandels äußern – seien mit ihm unvereinbar.

b) Man darf nun aber die mit dem Schutz des Wettbewerbes verfolgten wirtschaftspolitischen Zwecke nicht ohne weiteres als eine den Arbeitsmarkt allein prägende Kraft anerkennen, nur weil angesichts der unauflösbaren Interdependenzen von Arbeitsmarkt einerseits und Güter- sowie Dienstleistungsmärkten andererseits die Grundprinzipien die gleichen sein müßten³⁹. Der Gesetzgeber hat nämlich bewußt den Arbeitsmarkt aus dem Geltungsbereich des GWB ausgeschlossen⁴⁰.

Hiergegen mag man argumentieren, dies sei nur geschehen, um unabhängig vom Kartellverbot freie, gesicherte Gegenmacht aufzubauen, die die wirtschaftliche Macht der Arbeitgeber zumindest teilweise ausbalanciert und den Arbeitnehmern eine Position verschafft, wie sie andere Anbieter auf einem funktionsfähigen Wettbewerbsmarkt besäßen. Aus der Freistellung dürfe man daher nicht den Schluß ziehen, daß die Koalitionen nicht den dem GWB zugrunde liegenden Zielsetzungen unterworfen wären. Die Tarifvertragsparteien hätten vielmehr ihr Verhalten so einzurichten, »als ob« sie in einem funktionsfähigen Wettbewerb stünden.

Die These von einer umfassenden Erstreckung der das GWB tragenden wirtschaftspolitischen Ziele gerät jedoch in einen unauflösbaren Widerspruch zur Struktur der spezifisch arbeitsrechtlichen Normen, an der bei der Interpretation des Tarifvertragsgesetzes nicht vorbeigegangen werden kann⁴¹. Viele arbeitsrechtliche Normen schützen den Arbeitnehmer nämlich nicht nur in seiner wirtschaftlichen und persönlichen Abhängigkeit, soweit diese aus seiner typischen Marktschwäche⁴²,

politik gegenüber Marktmacht [1973], S. 42 ff., 67 ff.; *Säcker*, Zielkonflikte und Koordinationsprobleme im deutschen und europäischen Kartellrecht [1972], S. 14 ff.) spielen hier keine Rolle.

39 So wohl *Biedenkopf*, Grenzen (Fn. 20), S. 5 f.; *ders.*, Verh. d. 46. DJT (Fn. 17), Bd. I, S. 161 f.; so im Ergebnis auch *Reuter*, Festschrift Böhm (1975), S. 534 f.

40 Begründung zum Regierungsentwurf eines GWB (Fn. 38), S. 1075; vgl. ferner *Säcker*, Gruppenautonomie (Fn. 16), S. 211; *Wiedemann/Stumpf*, TVG (Fn. 5), Einl., Anm. 96 jeweils m. w. N.

41 Vgl. *Richardi*, Kollektivgewalt (Fn. 7), S. 100, 109 ff., 180; *Hölters*, Harmonie (Fn. 10), S. 140 f.; *Biedenkopf*, Verh. d. 46. DJT (Fn. 17), S. 140.

42 BAG, AP Nr. 156 zu § 242 BGB Ruhegehalt; *Hueck/Nipperdey*, Lehrb. d. ArbR, 7. Aufl. 1963, Bd. I, S. 26; *Reuter*, ZfA 1975, S. 86; *Zeuner*, RdA 1975, S. 84; *Gamillscheg*, AcP 176 (1976), S. 205 f.; *Mayer-Maly*, Festschrift Märkl (1970), S. 250; *Preiser*, Bildung und Verteilung des Volkseinkommens, 3. Aufl. 1963, S. 232 ff.; *Krelle*, in: Handwörterbuch der Sozialwissenschaften (1961), Bd. VII, S. 10 »Lohn I«; *Schlüter*, in: Die Wirtschaftsverfassung der Bundesrepublik Deutschland (1964), S. 145; kritisch: *Zöllner*, AcP 176 (1976), S. 233, 237.

seiner Immobilität⁴³ und seiner Eingliederung in eine Arbeitsorganisation⁴⁴ resultiert. Sie tragen vielmehr – teilweise ohne Rücksicht auf diese den Arbeitnehmerschutz auslösenden Faktoren – seiner sozialen Bedürftigkeit und seinen im Arbeitsleben aufgebauten persönlichen Beziehungen Rechnung. Dem Gedanken, daß bestimmte Grundbedürfnisse des Arbeitnehmers zu decken sind, wird also in gewissem Umfang der Vorrang vor dem Leistungsgedanken, der an der im Wettbewerbssystem maßgeblichen Knappheit orientiert ist, eingeräumt. Zur Bestätigung braucht man bloß auf den § 1 KSchG zu verweisen. Er zwingt den Arbeitgeber bei einer betriebsbedingten Kündigung zu einer sozialen Auswahl unter den zu Entlassenden. Hierbei gibt nicht die unterschiedliche Leistungsfähigkeit der für die Kündigung in Betracht kommenden Arbeitnehmer im Betrieb den Ausschlag, sondern das Maß sozialer Schutzbedürftigkeit, das vom Lebensalter, von der Dauer der Betriebszugehörigkeit, von Unterhaltspflichten und Vermögensverhältnissen abhängt⁴⁵.

c) Andererseits ist aber auch nicht zu verkennen, daß der Gesetzgeber beispielsweise die Ziele »tendenziell optimale Allokation der Ressourcen« und »Innovation« nicht gänzlich hinter dem Interesse der Arbeitnehmer nach Sicherung ihres sozialen Besitzstandes zurücktreten ließ⁴⁶. Das durch dringende betriebliche Erfordernisse ausgelöste »Ob« von Kündigungen bezeichnet nämlich das Kündigungsschutzgesetz als sozial gerechtfertigt. Dazu gehören auch die durch Rationalisierungsmaßnahmen ausgelösten Kündigungen, wobei das Gericht lediglich prüfen darf⁴⁷, ob die Rationalisierungsvorteile in keinem rechten Verhältnis zu den für den Arbeitnehmer entstehenden Härten⁴⁸ stehen⁴⁹. Auch bei Arbeitskämpfen wird nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts das suspendierte Arbeitsverhältnis endgültig aufgelöst, wenn der Arbeitsplatz infolge von Rationalisierungen fortgefallen ist⁵⁰.

43 Kaufmann, Arbeitsmarkt und Wettbewerbspolitik (1971), S. 22 f.; Harloff, Der Einfluß psychischer Faktoren auf die Mobilität der Arbeit (1970), bes. S. 117 ff.

44 Harloff, Einfluß (Fn. 43), S. 117 ff.; Dall'Asta, Theorie der Lohnpolitik (1971), S. 53.

45 Vgl. Hueck/Hueck, Kündigungsschutzgesetz, 9. Aufl. 1974, § 1 Anm. 117 m. w. N.

46 Vgl. Herschel, RdA 1975, S. 29, abweichend S. 30 f.; ferner Gamillscheg, Festschrift Bosch (1976), S. 209 ff.

47 Dies bedauernd Schnorr v. Carolsfeld, Arbeitsrecht, 2. Aufl. 1954, S. 22; zutreffend dagegen Schwerdtner, ZfA 1977, S. 47 ff., bes. 61 ff. m. w. N.

48 Hueck/Hueck, KSchG (Fn. 45), § 1 Anm. 106 m. w. N.

49 Die Zulässigkeit betriebsbedingter Kündigungen bezeichnet Schwerdtner, ZfA 1977, S. 77 (ebenso: Richardi, Betriebsverfassung und Privatautonomie [1973], S. 45), zutreffend als Funktionsvoraussetzung einer – dynamischen – Wettbewerbswirtschaft. Vgl. ferner Reuter, RdA 1973, S. 345 ff.; Reuter/Streckel, Grundfragen der betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmung (1973), S. 2.

50 BAG, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; Seiter, Streikrecht (Fn. 5), S. 357 ff.

Der Befund ist mithin durchaus ambivalent⁵¹. Allein auf seiner Basis könnte man deshalb kaum die Befugnis der Tarifvertragsparteien verneinen, zu Lasten einer bestmöglichen Entfaltung der Produktionskräfte die Gewichte stärker in Richtung auf die Wünsche der Arbeitnehmer nach Arbeitsplatzsicherheit zu verschieben.

3. Die Aussagekraft der Mitbestimmungsregelungen

Das Bild ändert sich jedoch, wenn man die Regelung der Mitbestimmung in die Betrachtung mit einbezieht⁵². Dann zeigt sich nämlich, daß selbst im Rahmen der als Friedensordnung⁵³ verfaßten Mitbestimmung einer raschen Anpassung an sich ändernde Marktdaten und dem unternehmerischen Innovationsstreben ein hoher Stellenwert beigemessen wird.

a) So hat der Unternehmer gemäß § 106 BetrVG das Produktions- und Investitionsprogramm mit dem Betriebsrat lediglich zu beraten. Ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates existiert nur bei Betriebsänderungen. Aber auch dann ist der Betriebsrat nicht in der Lage, ein Rationalisierungsprogramm gegen den Willen⁵⁴ des Unternehmers zu unterbinden⁵⁵. Er kann lediglich den Ausgleich bzw. die Milderung der wirtschaftlichen Nachteile erzwingen⁵⁶ (§§ 111 ff. BetrVG).

51 Zur Notwendigkeit von Kompromissen zwischen Schutz des Sozialinteresses einerseits und des Rentabilitäts- sowie Innovationsinteresses andererseits vgl. *Schwerdtner*, ZfA 1977, S. 76 ff.

52 *Nipperdey*, Festschrift Küchenhoff (Fn. 5), S. 146 f.; *Reuß*, JJahrb. 4 (1963/64), S. 178; die institutionelle Bedeutung des BetrVG betont zutreffend auch *Reuter*, ZfA 1976, S. 114, 129 f.; ablehnend wohl *H. P. Westermann*, ZGR 1977, S. 224.

53 Vgl. *Richardi*, Kollektivgewalt (Fn. 7), S. 266 f., dessen Argumentation darauf hinausläuft, daß die Kampfordnung der Friedensordnung überlegen sei, wo Interessengegensätze zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern bestehen. Interessengegensätze bestehen aber auch im Rahmen der Friedensordnung, wie die Existenz einer Einigungsstelle und die Stimmacht der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat erhellen. Deshalb scheint eher die Folgerung richtig, daß das völlige Fehlen einer beiderseitigen Regelungszuständigkeit in der Friedensordnung ein starkes Indiz dafür ist, daß auch keine Regelungszuständigkeit im Rahmen der Kampfordnung existiert.

54 Selbst die Erfüllung eines freiwilligen Interessenausgleiches im Sinne des § 112 Abs. 1 Satz 1 BetrVG kann nicht unmittelbar erzwungen werden. *Dietz/Richardi*, BetrVG, 5. Aufl. 1973, § 113 Anm. 5; *Fabricius*, GK-BetrVG, § 113 Anm. 3; *Zöllner*, ArbR (Fn. 5), S. 352; *Söllner*, ArbR (Fn. 27), S. 166.

55 Das wird durch den Ausschluß der Gewerkschaften von den Verhandlungen des Wirtschaftsausschusses gefördert. *Zeuner*, DB 1976, S. 2474 ff.

56 *Dietz/Richardi*, BetrVG (Fn. 54), § 112 Anm. 18; *Fabricius*, GK-BetrVG (Fn. 54), § 112 Anm. 20; *Söllner*, ArbR (Fn. 27), S. 165 f.; eine Erschwerungsfunktion bejahen hingegen *Schwerdtner*, ZfA 1977, S. 83; *Reuter*, ZfA 1975, S. 95, denen nur insoweit zuzustimmen ist, daß es Aufgabe des Betriebsrates ist, das Interesse der Ausscheidenden an hohen Leistungen und der Verbleibenden an der Lebensfähigkeit des Unternehmens auszugleichen. Damit wird nicht verkannt, daß der Betriebsrat hierdurch eine Einflußmöglichkeit auf den Rationalisierungsprozeß erhält.

Der Vorrang der unternehmerischen Initiative wird auch bei der Ausgestaltung des konkreten Arbeitsplatzes sichtbar. Solange die Ausstattung des Arbeitsplatzes nicht offensichtlich den gesicherten arbeitswissenschaftlichen Erfahrungen über die menschengerechte Gestaltung der Arbeit widerspricht, kann der Betriebsrat keine Machtmittel einsetzen (§ 91 BetrVG⁵⁷).

Auf diese Weise bleibt gewährleistet, daß sowohl der Wettbewerbsdruck als auch das Interesse des Unternehmers an optimaler Rentabilität seines Kapitaleinsatzes mit Hilfe einer größtmöglichen Förderung des technischen und organisatorischen Fortschritts nicht allzu stark beschnitten werden⁵⁸.

b) Im Rahmen der unternehmensbezogenen Mitbestimmung hat der Gesetzgeber der Arbeitnehmerschaft allerdings Stimmacht verliehen, die sie zur Beeinflussung der Rationalisierungsprozesse einsetzen kann⁵⁹. Wenn auch exakte Vorhersagen über ihre Auswirkungen in der Praxis schwierig sind, so kann man doch sagen, daß sie keine volle Parität verleiht. Sie ist also so dosiert, daß – bei aller Komplexität unternehmerischer Zielsetzungen – die stärker⁶⁰ an der ökonomischen Rentabilität interessierte Kapitaleignerseite nicht allzu sehr auf die sich aus dem technologischen Wandel resultierenden Chancen zu verzichten braucht⁶¹. Hinzu kommt ein Weiteres. Die Gewerkschaften stellen maximal nur ein Drittel der Arbeitnehmervertreter. Diese Begrenzung⁶² des überbetrieblich organisierten Einflußfaktors^{62a}

57 Zöllner, RdA 1973, S. 216 f.; vgl. auch Dietz/Richardi, BetrVG (Fn. 54), § 91 Anm. 5 f.

58 Vgl. Zöllner, ArbR (Fn. 5), S. 349; Rütters, Tarifracht (Fn. 5), S. 47; Hanau, RdA 1973, S. 286; Richardi, Kollektivgewalt (Fn. 7), S. 263; Dietz/Richardi, BetrVG (Fn. 54), § 1 Anm. 37; Thiele, GK-BetrVG (Fn. 54), Einl., Anm. 23 ff.; Wiese, GK-BetrVG (Fn. 54), § 91 Anm. 2.

59 Vgl. Zöllner, ArbR (Fn. 5), S. 360; Immenga, ZGR 1977, S. 251; Gutachten der Mitbestimmungskommission, Bundestagsdrucksache VI/334, S. 32. Für eine Begrenzung der Einwirkungsmöglichkeit des Aufsichtsrates auf ungewöhnliche Rationalisierungsmaßnahmen plädiert Mertens, ZGR 1977, S. 278 ff.; es bleibt freilich die allgemeine Abhängigkeit des Vorstandes bestehen.

60 Gutachten (Fn. 59), S. 102; Biedenkopf, Antworten zur Mitbestimmung (1970), S. 17 f.; Reuter/Streckel, Grundfragen (Fn. 49), S. 12; Buchner, DB 1975, S. 37; H. P. Westermann, ZGR 1977, S. 224; kritisch: Th. Raiser, Marktwirtschaft und paritätische Mitbestimmung (1973), S. 19 ff.

61 Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, 4. Aufl. 1976, S. 118; Zöllner, ArbR (Fn. 5), S. 359; insgesamt ein leichtes Übergewicht der Kapitaleignerseite bejahend: Ballerstedt, ZGR 1977, S. 137; Wiedemann, ZGR 1977, S. 163. Zurückhaltender in der Beurteilung der Kräfteverhältnisse Schwerdtner, ZfA 1977, S. 79; H. P. Westermann, ZGR 1977, S. 233 f. m. N.

62 Zur Zersplitterung des Einflusses der Arbeitnehmerseite vgl. Wiedemann, ZGR 1977, S. 163.

62 a Der Umstand, daß der unmittelbare gewerkschaftliche Einfluß seinerseits als Regulativ gegenüber einem übersteigerten »Betriebsegoismus« dient (Gutachten [Fn. 59], S. 34 ff.; Krelle, in: Mitbestimmung und Wirtschaftspolitik [1967], S. 128; Biedenkopf, Antworten [Fn. 61], S. 19), kann nicht als Argument herangezogen werden, daß den überbetrieblich organisierten Kräften die Priorität zukäme, denn das Gesetz geht offensichtlich von einer Machtbalance aus.

macht es weniger wahrscheinlich, daß – wo es die Konkurrenz ausländischer Anbieter zuläßt – in einer konzertierten Aktion der Wettbewerbsdruck innerhalb einer ganzen Branche⁶³ ausgeschaltet wird⁶⁴. Dadurch wird auch die Gefahr geringer, daß Rationalisierungsmaßnahmen vernachlässigt werden. Solange wesentlicher Wettbewerbsdruck existiert, werden die Belegschaftsangehörigen⁶⁵ – unter ihnen insbesondere die leitenden Angestellten⁶⁶ – nicht allzu stark gegen Maßnahmen opponieren⁶⁷, die die Stellung ihres⁶⁸ Unternehmens auf dem Markt verbessern. Der Gesetzgeber hat hier mithin der Kartellwirkung, die in beschränktem Umfang durchaus im Interesse von Arbeitnehmern und Unternehmern liegt⁶⁹, klare Grenzen gezogen, um zu verhindern, daß die Wettbewerbsintensität im Bereich sämtlicher Aktionsparameter gravierend beeinträchtigt werden kann.

c) Die Ausformung der Mitbestimmung erhellt demnach, welche Bedeutung der Gesetzgeber einer raschen Ausrichtung unternehmerischen Verhaltens an den Marktkräften zumißt, die durch das Rentabilitäts- und Wettbewerbsstreben initiiert und getragen wird. Die Macht der Arbeitnehmer ist so bemessen, daß die Priorität der Innovation zwar geschwächt wird. Sie läuft aber nicht Gefahr, zu Lasten der Allgemeinheit ihren hohen Stellenwert zu verlieren. Diese Gefahr müßte man indessen in Kauf nehmen, falls die Gewerkschaften das Investitionsverhalten ganzer Branchen mit Hilfe des Druckmittels »Arbeitskampf« beeinflus-

63 Vgl. aber *Simitis*, AuR 1975, S. 333, der hierin sogar einen positiven Aspekt sieht. Er erkennt dabei die aus der Struktur der Gegenmacht resultierenden Probleme (s. bei Fn. 30), die es nicht als angebracht erscheinen lassen, den Wettbewerbsprozeß gänzlich durch eine Steuerung nach den Vorstellungen der Koalitionen zu ersetzen.

64 Vgl. freilich Gutachten (Fn. 59), S. 81 f., in dem betont wird, daß sich im »Montanbereich« kein Fall der Fernsteuerung habe verifizieren lassen. Die Mitbestimmungskommission hielt es dennoch für notwendig, hervorzuheben, daß die Mitbestimmung nicht als Instrument einer zentralen Lenkung eingesetzt werden könne, wenn die Zahl der unternehmensexternen Arbeitnehmervertreter begrenzt und ein Übergewicht der Kapitaleignerseite statuiert werde. Zu Bestrebungen auf Gewerkschaftsseite nach einer Koordination der Unternehmenspläne *Leminsky*, GewMH 1976, S. 133 f.; *Schwegler*, GewMH 1973, S. 632; vgl. ferner *Mertens*, RdA 1975, S. 97; *Lutter*, BB 1975, S. 619; *Biedenkopf*, RdA 1970, S. 136; *ders.*, Antworten (Fn. 60), S. 18. Auch *Krelle*, in: Mitbestimmung (Fn. 62 a), S. 128 ff.), der diese Gefahr für gering hält, befürwortet »vorsichtshalber« eine »ausgewogene Zahl von Belegschafts-, Gewerkschaftsvertretern und Neutralen«.

65 Vgl. Gutachten (Fn. 59), S. 37; *Biedenkopf*, Antworten (Fn. 60), S. 27.

66 Damit soll nicht gesagt sein, daß die leitenden Angestellten eigentlich nicht der Arbeitnehmerseite zugerechnet werden dürften. Vgl. *Scholz*, Paritätische Mitbestimmung und Grundgesetz (1974), S. 66.

67 Vgl. *Reuter*, ZfA 1976, S. 115, 119, 138; *Mertens*, RdA 1975, S. 93.

68 Daß sich demgegenüber die Gewerkschaftsvertreter eher am Interesse der Arbeitnehmer einer ganzen Branche orientieren werden – und sollen –, hebt *Reuter*, ZfA 1976, S. 115, zutreffend hervor. Vgl. ferner die Nachw. in Fn. 62 a.

69 *Wiedemann/Stumpf*, TVG (Fn. 5), Einl., Anm. 9; *Reuter/Streckel*, Grundfragen (Fn. 49), S. 17; vgl. auch Gutachten (Fn. 59), S. 89.

sen könnten. In Anbetracht der in den Mitbestimmungsregelungen zum Ausdruck gelangten Wertungen erscheint es deshalb gerechtfertigt, die tariflichen Einflußmöglichkeiten auf die Rationalisierungsprozesse zu beschneiden.

Gegen diese Schlußfolgerung drängen sich freilich zwei Einwände auf: Die hart erkämpfte unternehmerische Mitbestimmung dürfe nicht als Hebel benutzt werden, um die Tarifaufonomie einzuschränken, wenn die Mitbestimmung nicht zum Danaergeschenk werden solle. Zum anderen müsse man davon ausgehen, daß der Tarifvertrag auf allen Ebenen den Vorrang vor den Mitbestimmungsbefugnissen genieße. Bei diesen Einwänden wird jedoch übersehen, daß nach herrschender Ansicht, unabhängig von den Mitbestimmungsregelungen, keine Tarifaufonomie auf dem Gebiet des Investitionsverhaltens existierte. Der Gesetzgeber hat diese Auffassung mit der Ausformung der Mitbestimmungsrechte indirekt bestätigt⁷⁰. Bezeichnenderweise erwog nämlich die Mitbestimmungskommission, für die unternehmerische Mitbestimmung das Instrument des Tarifvertrages fruchtbar zu machen. Sie entschied sich jedoch gegen eine solche Lösung, weil sie die Anpassungsfähigkeit der Unternehmen mindere und zu einer gewissen Erstarrung der Unternehmenspolitik führe⁷¹. Diese Wertung strahlt auf die Legitimation zur Steuerung der Rationalisierungsprozesse aus, so wie auch der Erlass des Betriebsverfassungsgesetzes dazu geführt hat, daß die unbegrenzte⁷² tarifliche Kompetenz zur Schaffung betriebsverfassungsrechtlicher Normen (§ 1 Abs. 1 TVG) nach herrschender Ansicht⁷³ nahezu gänzlich geschwunden ist, obwohl das Tarifvertragsgesetz nicht ausdrücklich geändert worden ist⁷⁴. Sie wäre nur dann für die Bestimmung der Reichweite der Tarifaufonomie irrelevant, wenn im Bereich der Inhaltsnormen und der schuldrechtlichen Abreden generell ein Vorrang des Tarifvertrages vor den Mitbestimmungsrechten bestehen sollte. Daß ein derartiger Vorrang nicht existiert, wird im Zusammenhang mit der Frage des Außenseiterschutzes nachgewiesen werden⁷⁵.

4. Der Schutz der Außenseiter

Auch der Schutz der Außenseiter macht eine Einschränkung der Möglichkeit zu Rationalisierungsschutzabkommen erforderlich, wenn man nicht hinnehmen will,

70 Vgl. *Nipperdey*, Festschrift Küchenhoff (1967), S. 146 f.; *Reuß*, J.Jahrb. 4 (1963/64), S. 178.

71 Vgl. Gutachten (Fn. 59), S. 70; hierzu *Biedenkopf*, RdA 1970, S. 133; *ders.*, Antworten (Fn. 60), S. 30 f., 44.

72 Vgl. *Herschel*, ZfA 1973, S. 187.

73 Vgl. *Dietz/Richardi*, BetrVG (Fn. 54), § 2 Anm. 81 ff.; *Fitting/Auffarth*, BetrVG, 10. Aufl., § 1 Anm. 45 jeweils m. w. N. *Thiele*, GK-BetrVG (Fn. 54), Einl., Anm. 113 ff., geht von einer Rechtslücke aus, die durch die Gerichte geschlossen werden müsse.

74 Davon geht auch *Biedenkopf*, Grenzen (Fn. 20), S. 320, aus.

75 Vgl. unten bei Fn. 121.

daß eine Facharbeitergewerkschaft, die Automatisierungsvorhaben unterbindet, über die Berufschancen von ungelernten Außenseitern soll bestimmen können⁷⁶.

a) Die Tarifaufonomie beruht gemäß Art. 9 Abs. 3 GG auf dem Grundsatz der Selbstbestimmung. § 3 Abs. 1 TVG formt ihn näher aus⁷⁷, indem er die Tarifbindung grundsätzlich nur auf die Mitglieder der Koalitionen bzw. auf den Arbeitgeber erstreckt⁷⁸, der selbst einen Tarifvertrag abgeschlossen hat⁷⁹. Die Aufonomie⁸⁰ würde ihren Sinn verlieren, wenn die von den Koalitionen geschaffenen Regelungen den Regelungsadressaten gegenüber nicht aus deren freien Willen abgeleitet werden könnten, also kein Akt der Selbstgesetzgebung⁸¹ wären. Sie würde in heteronome Gestaltungsmacht umschlagen, die gegenüber den Normunterworfenen, die sich weder durch ihren freiwilligen Entschluß zum Verbandsbeitritt den von

76 Vgl. Weinstein (Fn. 33 a), S. 146 f.

77 Zöllner, Differenzierungsklauseln (Fn. 20), S. 28; Richardi, Kollektivgewalt (Fn. 7), S. 149 ff.; Lieb, RdA 1967, S. 441 f.; vgl. auch Mayer-Maly, BB 1966, S. 1069.

78 Zur Rechtsnatur der tariflichen Normsetzung vgl. Richardi, Kollektivgewalt (Fn. 7), S. 130 ff.; Wagenitz, Die personellen Grenzen der Tarifmacht (1971), S. 19 ff.; Säcker, Gruppenautonomie (Fn. 16), S. 243 ff.; Hölters, Harmonie (Fn. 10), S. 84 ff.; Scholz, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem (1971), S. 57 ff.; Wiedemann/Stumpf, TVG (Fn. 5), § 1 Anm. 21 ff., jeweils m. w. N. Der hier vertretenen Auffassung zufolge beruht die Bindungswirkung der Tarifnormen im Sinne des § 3 Abs. 1 TVG auf der Unterwerfung der Koalitionsmitglieder unter die von den Koalitionen gesetzten Regeln. Dabei läßt sich durchaus eine Parallele zu den Beschlüssen eines Kartells ziehen. Zwar sind die Beschlüsse eines Kartells nicht unmittelbar bindend und können allenfalls zu Schadensersatzpflichten führen. Das Gesetz sanktioniert Verstöße gegen erlaubte Kartellabreden also nur mit Schadensersatzpflichten, während es in § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG eine unmittelbare und zwingende Wirkung statuiert. Diese Intensivierung der Bindung ist in erster Linie aus dem Umstand zu erklären, daß eine Unterbietung im Bereich der Arbeitsbedingungen nur unzulänglich durch Sanktionen in Form von Schadensersatzverpflichtungen verhindert werden kann; denn der Schaden, den beispielsweise Gewerkschaftsmitglieder durch andere unterbietende Mitglieder erleiden, läßt sich kaum berechnen, und zumal in Krisenzeiten, in denen es zum Kampf um Arbeitsplätze kommt, wird die Belastung mit einer Schadensersatzpflicht kaum vor Unterbietungen abschrecken. Der § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG verstärkt den »inneren Kartellzwang« dadurch, daß er den Tarifabreden unmittelbare Wirkung verleiht und ihre Abdingbarkeit ausschließt (vgl. Coester, Vorrangprinzip [Fn. 20], S. 59, 61). Diese Verstärkung der Vertragsbindung führt nicht dazu, daß die Koalitionen, die auf freiwilligem Zusammenschluß und freiwilligen Abreden beruhen, aus dem Bereich der Privatautonomie heraustreten.

79 Hierauf beruht die Rechtfertigung eines Verzichts auf Rechtsaufsicht. Richardi, Kollektivgewalt (Fn. 7), S. 214.

80 Kritisch zu einem enggefaßten Begriff der Aufonomie Hölters, Harmonie (Fn. 10), S. 97.

81 Säcker, Gruppenautonomie (Fn. 16), S. 330 f.; Kraft, ZfA 1973, S. 248; a. A. Wiedemann/Stumpf, TVG (Fn. 5), Einl., Anm. 38.

den Koalitionen gesetzten Normen unterstellt haben noch die Verbandspolitik mitformulieren können⁸², unlegitimiert⁸³ bliebe.

Gegen eine strikte⁸⁴ Begrenzung der Regelungsmacht der Koalitionen auf die Verhältnisse ihrer Mitglieder mag man den Gesichtspunkt der Repräsentation⁸⁵ aller⁸⁶ Arbeitnehmer durch die Gewerkschaften vorbringen. Weiter könnte man sich auf die Ordnungsfunktion des Tarifvertrages berufen. Schließlich liegt es auch nahe, eine Parallele zu § 3 Abs. 2 TVG zu ziehen⁸⁷.

b) Eine Gesamtrepräsentationsfunktion⁸⁸ der Gewerkschaften ist – mag sie auch deren Selbstverständnis entsprechen – zu verneinen. Die Gewerkschaften sind als freie Vereinigungen grundsätzlich weder befugt, Normen mit unmittelbarer Geltung für Außenseiter zu setzen, noch haben sie die Aufgabe, das Gesamtinteresse der Arbeitnehmerschaft wahrzunehmen. Es ist richtig, daß die Tarifverträge »Recht für alle« formulieren wollen, daß sie »nach allgemeiner Anwendung drängen«⁸⁹. Das beweist jedoch nur, daß die Gewerkschaften – etwa bei Tariflöhnen – die Rolle eines Preisführers spielen⁹⁰. Sie setzen in dieser Rolle indessen keine für alle verbindlichen Maßstäbe. Die Preisführerfunktion läßt das Ermessen der Außenseiter unberührt, sich der Politik der Gewerkschaften auf dem Gebiet der Löhne oder sonstigen Arbeitsbedingungen anzuschließen und gegebenenfalls unter dem Hinweis auf die Möglichkeit eines Gewerkschaftsbeitritts durchzusetzen⁹¹. Es

82 Mag auch der reale Einfluß der Gewerkschaftsmitglieder vielfach gering sein. Vgl. *Biedenkopf*, Grenzen (Fn. 20), S. 38; *Weitbrecht*, Effektivität und Legitimität der Tarifautonomie (1969), S. 86 ff.; *Gerhardt*, Das Koalitionsgesetz (1977), S. 48 ff., 119 ff.

83 *Biedenkopf*, Grenzen (Fn. 20), S. 47 ff., zieht den Gedanken der Repräsentation heran, während hier von einer privatautonomen Legitimation im Sinne *Richardis*, Kollektivgewalt (Fn. 7), S. 164 f., ausgegangen wird.

84 Der Begriff »strikt« darf nicht in dem Sinne verstanden werden, daß tarifliche Regelungen überhaupt keine Überwirkung haben dürften; denn angesichts der wirtschaftlichen Interdependenzen hat nahezu jede Entscheidung auf dem Markt Auswirkungen auf Dritte. Entscheidend ist hier, ob Außenseitern die Chance, von den von den Koalitionen festgelegten Regelungen abzuweichen oder mit ihnen gleichzuziehen, genommen wird.

85 Dieser Begriff ist freilich recht schillernd. Vgl. *Wiedemann*, RdA 1969, S. 327.

86 *Gamillscheg*, Differenzierung (Fn. 7), S. 38 ff.; *Leventis*, Tarifliche Differenzierungsklauseln nach dem Grundgesetz und dem Tarifvertragsgesetz (1974), S. 76 ff. m. w. N.

87 Vgl. *Gamillscheg*, Differenzierung (Fn. 7), S. 38.

88 Vgl. *Wiedemann*, RdA 1969, S. 327; vgl. ferner die in Fn. 86 Genannten. Weitere Nachw. bei *Wiedemann/Stumpf*, TVG (Fn. 5), Einl., Anm. 173.

89 *Zöllner*, Differenzierungsklauseln (Fn. 20), S. 50 f.; vgl. ferner *Lieb*, Schwerpunkte, Arbeitsrecht (1975), S. 110; *Boldt*, RdA 1971, S. 265.

90 Vgl. *Teichmann*, Lohnpolitik (1974), S. 20. Das erkennt *Leventis*, Differenzierungsklauseln (Fn. 86), S. 101.

91 Es kann hier dahingestellt bleiben, daß auch der Arbeitgeber vielfach wegen des Betriebsfriedens und der Rationalisierung seiner Verwaltung ein Interesse an einheitlicher Behandlung aller Arbeitnehmer haben wird (vgl. *Zöllner*, Differenzierungsklauseln [Fn. 20], S. 23).

ist aber auch denkbar, daß die Außenseiter die Tarifbedingungen unterbieten⁹², weil beispielsweise die Gewerkschaften so hohe Löhne erzwingen haben, daß dadurch Arbeitslosigkeit infolge zu hoher Lohnkosten⁹³ entsteht. Die Freiheit der Außenseiter stellt mithin ein bedeutsames Gegengewicht gegen die Macht der Koalitionen dar; denn die Gewerkschaften müssen die Interessen der Außenseiter bei der Fixierung der Löhne ausreichend in Rechnung stellen, weil ihre Mitglieder auf deren Unterstützung bei Arbeitskämpfen und der faktischen Durchsetzung der Tarifföhne angewiesen sind⁹⁴. Man kann deshalb auch nicht behaupten, daß die Gewerkschaften ohnehin verpflichtet seien, die Interessen aller Arbeitnehmer gleichmäßig wahrzunehmen⁹⁵. Das würde nur zu leicht dazu führen, daß man letztlich den Gewerkschaften erlaubt, nach den Vorstellungen ihrer Mitglieder⁹⁶ über die Angemessenheit der Interessen von Außenseitern zu befinden. Um dies zu verhindern, ist die Tarifautonomie grundsätzlich auf Bereiche zu beschränken, auf denen die Freiheit der Außenseiter, abweichende Arbeitsbedingungen zu vereinbaren, nicht tangiert wird.

c) Gegen diese Deutung der Rolle der Gewerkschaften lassen sich auch nicht die §§ 13 BUrlG, 622 BGB, 5 TVG und gewerkschaftlichen Funktionen in Behörden und anderen Gremien ins Feld führen. In allen diesen Fällen haben die Gewerkschaften kein Recht, über Außenseiter zu verfügen⁹⁷. So sind zwar die Koalitionen allein befugt, die Allgemeinverbindlichkeitserklärung zu initiieren, aber die Allgemeinverbindlichkeitserklärung selbst hängt von der Entscheidung einer dem Gemeinwohl verpflichteten Behörde ab⁹⁸.

92 Zur Abschwächung des Organisationsgrades in Rezessionsphasen vgl. *Teichmann*, Lohnpolitik (1974), S. 70.

93 Vgl. *Samuelson*, Volkswirtschaftslehre, 6. Aufl. 1975, Bd. II, S. 274 ff.

94 *Zöllner*, Differenzierungsklauseln (Fn. 20), S. 19; *Lieb*, Schwerpunkte (Fn. 89), S. 91.

95 So aber *Zöllner*, Differenzierungsklauseln (Fn. 20), S. 50 f. Erst recht kann nicht mit *Leventis*, Differenzierungsklauseln (Fn. 86), S. 85, aus dem Umstand, daß bislang die überwiegende Mehrheit der Außenseiter die Arbeitskämpfe unterstützt hat, auf ein Recht der Gewerkschaften geschlossen werden, sämtliche Arbeitnehmer für alle Zeiten zu repräsentieren.

96 Daß das Interesse der Mitglieder letztlich zum Tragen kommt, darf nicht dadurch verdunkelt werden, daß man in den Koalitionen Repräsentations- und Interessenfunktion vereinigt sieht (so *Wiedemann*, RdA 1969, S. 328; *Schnorr*, JR 1966, S. 332). Vgl. *Gerhardt*, Koalitions gesetz (Fn. 82), S. 78 ff.

97 Vgl. aber auch *Gerhardt*, Koalitions gesetz (Fn. 82), S. 78 ff.; *Nicklisch*, Festschrift Schiedermaier (1976), S. 8, unter stärkerer Betonung der faktischen Auswirkungen, die m. E. aber nicht ausreichen, um auf sie weitere rechtlich abgesicherte Befugnisse aufzubauen.

98 BAG, AP Nr. 12 zu § 5 TVG; *Biedenkopf*, Grenzen (Fn. 20), S. 54, 303; *Richardi*, Kollektivgewalt (Fn. 7), S. 168 ff.; *Zöllner*, Differenzierungsklauseln (Fn. 20), S. 50 f.; *Lieb*, Schwerpunkte (Fn. 89), S. 113; *Wagenitz*, Grenzen (Fn. 78), S. 76 ff.; *Gerhardt*, Koalitions gesetz (Fn. 82), S. 75 ff.

d) Auch die Ordnungsfunktion⁹⁹ des Tarifvertrages vermag nicht dazu zu führen, daß die Koalitionen ein System von Arbeitsbedingungen schaffen dürfen, dem sich die Außenseiter zu beugen hätten. Der Tarifvertrag eröffnet den Koalitionen eben nicht die Möglichkeit, eine allgemeingültige¹⁰⁰ Ordnung des Arbeitslebens aufzubauen. Sie kommt nur zustande, wenn die Koalitionsmitglieder nicht die sich aus dem Günstigkeitsprinzip (§ 4 Abs. 3 TVG) ergebenden Chancen ausnutzen können und die Außenseiter sich freiwillig der Tarifpolitik der Koalitionen anschließen. Sicherlich darf man die Koalitionen auch nicht darauf verweisen, nur vereinzelte Schutzvorschriften zu erlassen. Angesichts der wirtschaftlichen Interdependenz aller Vertragsbedingungen müssen sie in weitem Umfang Gelegenheit haben, die Bedingungen gegenseitigen Gewährs festzulegen¹⁰¹. Daraus folgt aber nicht, daß sich die Kompetenz der Koalitionen auf alle Faktoren erstrecken müßte, die im Rahmen der wirtschaftlichen Bewertung von Leistung und Gegenleistung eine Rolle spielen. Die von den Koalitionen geschaffene Ordnung muß auch »sinnvoll«¹⁰² sein. Nicht jede Ordnung schlechthin ist »sinnvoll«, sonst müßte man die Waren- und Dienstleistungsmärkte einer umfassenden Kartellierung durch Strukturkrisen und Rationalisierungskartelle¹⁰³ öffnen. Ob sie »sinnvoll« ist, ergibt sich vielmehr aus den das gesamtwirtschaftliche System und das Tarifrecht im besonderen tragenden Prinzipien. Zu diesen Prinzipien gehört der Grundsatz, daß Außenseitern, die sich den Koalitionen nicht angeschlossen haben, nicht ohne weiteres Marktchancen genommen werden dürfen¹⁰⁴. In dieser Interpretation des Tarifvertragsgesetzes mag man eine Gefährdung der Friedensfunktion des Tarifvertrages sehen. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß es nicht Aufgabe des Tarifvertrages sein kann, den Frieden zwischen den Koalitionen auf dem Rücken Außenstehender zu sichern.

e) Ein gewisses Verfügungsrecht der Koalitionen über die Außenseiter läßt sich allenfalls auf § 3 Abs. 2 TVG gründen¹⁰⁵, der anordnet, daß Rechtsnormen über betriebliche Fragen für alle Betriebe gelten, deren Arbeitgeber tarifgebunden ist. Zunächst darf nun aber aus § 3 Abs. 2 TVG nicht abgeleitet werden, daß durch betriebliche Normen den Außenseitern unmittelbar Pflichten auferlegt werden. Sie binden lediglich den Arbeitgeber in seinem Recht zur Betriebsgestaltung und zur

99 Wiedemann/Stumpf, TVG (Fn. 5), Einl., Anm. 5 ff. m. w. N.

100 Dahin tendieren Zöllner, Differenzierungsklauseln (Fn. 20), S. 39; Wiedemann/Stumpf, TVG (Fn. 5), Einl., Anm. 6; Biedenkopf, Grenzen (Fn. 20), S. 78; Leventis, Differenzierungsklauseln (Fn. 86), S. 83, 101.

101 Gamillscheg, Differenzierung (Fn. 7), S. 78.

102 BVerfG, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG, Bl. 37.

103 Vgl. § 5 GWB. Zu undifferenziert verwenden daher Wiedemann/Stumpf, TVG (Fn. 5), Einl., Anm. 6, das Rationalisierungsargument.

104 Vgl. Gerhardt, Koalitionsgesetz (Fn. 82), S. 254.

105 Vgl. Gamillscheg, Differenzierung (Fn. 7), S. 38.

Ausübung seines Weisungsrechts¹⁰⁶. Allerdings kann hierdurch die Position der Außenseiter faktisch verschlechtert werden. Zwar vermag der Arbeitgeber im Einzelfall abweichende Abmachungen zu treffen¹⁰⁷. Wenn dadurch aber die tarifgemäße Gestaltung betriebseinheitlicher Angelegenheiten verhindert wird, so können Tarifpartner und Betriebsrat verlangen, daß eine dem Tarifvertrag entsprechende Ordnung hergestellt werde¹⁰⁸.

Um die Bewegungsfreiheit der Außenseiter nicht allzu sehr zu beeinträchtigen, muß die Reichweite der betrieblichen Normen indessen eng begrenzt werden. Dies geschieht dadurch, daß nach allgemeiner Ansicht¹⁰⁹ als betriebliche Normen nur sogenannte Solidarnormen und Regelungen über die Ordnung des Betriebes sowie das Verhalten der Arbeitnehmer, die notwendig einheitlich getroffen werden müssen, bezeichnet werden¹¹⁰. Die bloße Zweckmäßigkeit einer einheitlichen Regelung reicht mithin nicht aus, um Tarifbestimmungen als betriebliche Normen zu qualifizieren¹¹¹.

Diese Deutung der vagen¹¹² Begriffe »betriebliche Fragen« ist für die Lösung des hier aufgeworfenen Problems in zweierlei Hinsicht bedeutsam: Zum einen klingt in dem Kriterium der »notwendigen Einheitlichkeit« die Erwägung an, daß die Freiheit der Außenseiter – zumal im Bereich der Ordnungsnormen – lediglich dort eingeengt werden darf, wo ihre Ausübung den in den Betriebsnormen angelegten Schutz der Koalitionsmitglieder zunichte machen würde, weil der Betrieb eben nur im Sinn des Tarifvertrages oder nach den abweichenden Vorstellungen der Außenseiter gestaltet werden kann¹¹³. Zum anderen zeigt die Anlehnung an § 87 Abs. 1

106 *Richardi*, Kollektivgewalt (Fn. 7), S. 224 ff. m. w. N.; vgl. ferner *Wagenitz*, Grenzen (Fn. 78), S. 57; *Zöllner*, ArbR (Fn. 5), S. 237; a. A. *Leventis*, Differenzierungsklauseln (Fn. 86), S. 40; *Lieb*, RdA 1967, S. 446; *Wiedemann/Stumpf*, TVG (Fn. 5), § 3 Anm. 65 ff. m. w. N.

107 *Richardi*, Kollektivgewalt (Fn. 7), S. 237.

108 *Richardi*, Kollektivgewalt (Fn. 7), S. 237; *Zöllner*, Anm. zu AP Nr. 1 zu § 4 TVG »Lehrlingsskalen«, Bl. 381.

109 *Hueck/Nipperdey*, Arbeitsrecht (7. Aufl. 1967), Bd. II 1, S. 291 f.; *Nikisch*, Arbeitsrecht, 2. Aufl. 1959, S. 301, 303; *Richardi*, Kollektivgewalt (Fn. 7), S. 238 ff.; *Zöllner*, ArbR (Fn. 5), S. 231; *Wiedemann/Stumpf*, TVG (Fn. 5), § 3 Anm. 69 jeweils m. w. N.; beschränkt auf Solidarnormen *Lieb*, Schwerpunkte (Fn. 89), S. 109 f.

110 Vgl. *Richardi*, Kollektivgewalt (Fn. 7), S. 240 m. N.; *Wiedemann/Stumpf*, TVG (Fn. 5), § 3 Anm. 69; *Biedenkopf*, Grenzen (Fn. 20), S. 319.

111 Vgl. außer den in Fn. 110 Genannten *Zöllner*, ArbR (Fn. 5), S. 230; *Nikisch*, ArbR (Fn. 109), S. 302.

112 *A. Hueck*, BB 1949, S. 531.

113 Ob es hierfür genügt, daß die Gewerkschaften nicht gerne in die Lage kommen wollen, daß ihre Mitglieder einer schärferen betrieblichen Disziplin unterworfen sind als Außenseiter (so *Herschel*, ZfA 1973, S. 191 f.), erscheint fraglich, wenn man bedenkt, daß die Gewerkschaften für bestimmtes Verhalten ihrer Mitglieder Kompensationen aushan-

Nr. 1 BetrVG, daß unter gewerkschaftlichem Druck lediglich relativ zweitrangige¹¹⁴ Fragen so zu Lasten der Außenseiter geregelt werden können, daß ihnen gegenüber die Gestaltungsmacht des Arbeitgebers faktisch gebunden wird. Regelungen, die die Existenz einer bestimmten Art von Arbeitsplätzen betreffen, kann man deshalb grundsätzlich nicht zu den betrieblichen Fragen zählen, auch wenn sie nur betriebseinheitlich getroffen werden können¹¹⁵.

f) Angesichts dieser Rechtslage erscheint es durch nichts gerechtfertigt, den Gewerkschaften zu gestatten, unbegrenzt auf Rationalisierungsprozesse einzuwirken, so daß den Außenseitern wesentliche Arbeitsplatzchancen genommen werden. Den Außenseitern muß die Freiheit gewahrt bleiben, ihre Interessen eigenverantwortlich zu verfolgen¹¹⁶, sofern nicht in einer Güterabwägung^{117, 118} die Koalitionsinteressen den Vorrang behaupten. Einen derartigen Vorrang wird man in abstrakt-typisierender Betrachtungsweise¹¹⁹ nur insoweit bejahen können, als die Tarifbedingungen, die Außenseitern jede Ausweichchance nehmen, über die Ordnung des Betriebes und das Verhalten der Arbeitnehmer hinaus anerkannt hochwertige Rechtsgüter¹²⁰ wie Gesundheit oder zentrale Persönlichkeitswerte schützen sollen.

deln könnten. Deshalb ist auch bei Solidarnormen die Berufung auf den Gleichbehandlungsgedanken (*Lieb*, RdA 1967, S. 446) zweifelhaft; denn sie nimmt Außenseitern die Chance, gegen Kompensationen auf bestimmte betriebliche Vorteile zu verzichten. Daß die Außenseiter den Schutz des § 3 Abs. 2 TVG brauchen, um mit den Gewerkschaftsmitgliedern faktisch gleichbehandelt zu werden, wird angesichts der Leitfunktion der Tarifnormen nur selten eintreten. Wo die Außenseiter aber bereit sind, unter Verzicht auf die Möglichkeit eines Gewerkschaftsbeitritts die organisierten Arbeitnehmer zu unterbieten, benötigen sie auch nicht den Schutz der Gleichbehandlung bei betrieblichen Regelungen.

114 *Wiedemann/Stumpf*, TVG (Fn. 5), § 3 Anm. 69, sprechen von »Randbereichen des Arbeitsverhältnisses«. Für eine restriktive Interpretation auch *Kraft*, ZfA 1973, S. 249.

115 Das gilt auch für sog. Lehrlingsskalen, die von der h. M. zu den Betriebsnormen gezählt werden (*Richardi*, Kollektivgewalt [Fn. 7], S. 238 f.; *Zöllner*, Anm. zu AP Nr. 1 zu § 4 TVG »Lehrlingsskalen«; *Leventis*, Differenzierungsklauseln [Fn. 86], S. 84; *Frey*, RdA 1970, S. 182 ff.; *Wiedemann/Stumpf*, TVG [Fn. 5], § 3 Anm. 69); es sei denn, daß aus der übermäßigen Beschäftigung von Lehrlingen den im Betrieb tätigen Koalitionsmitgliedern gesundheitliche Gefahren (erhöhtes Risiko von Betriebsunfällen) erwachsen. Vgl. auch *Biedenkopf*, Grenzen (Fn. 20), S. 117.

116 Vgl. *Löwisch*, RdA 1975, S. 56.

117 Wobei angesichts der faktischen Machtunterschiede den Außenseitern ein gewisser »Vorsprung« einzuräumen ist. Vgl. *Biedenkopf*, Grenzen (Fn. 20), S. 45.

118 Eine Güterabwägung ist ein charakteristisches Mittel zur Auflösung von Kollisionen zwischen Koalitions- und Außenseiterinteressen. In der Entscheidung des BAG zur Zulässigkeit von Differenzierungsklauseln (AP Nr. 13 zu Art. 9 GG, Bl. 355) findet sie im Rahmen des Begriffs der Adäquanz statt. Vgl. auch *Steinberg*, RdA 1975, S. 102; *Wagenitz*, Grenzen (Fn. 78), S. 46 ff.

119 Daß schon die abstrakte Gefährdung der Interessen der Außenseiter genügen kann, um den Handlungsspielraum der Koalitionen zu begrenzen, hat das BVerfG (AP Nr. 16 zu Art. 9 GG) anerkannt.

120 Vgl. auch *Rüthers*, Tarifmacht (Fn. 5), S. 37.

g) Die hier vertretene Auslegung des Tarifvertragsgesetzes steht und fällt natürlich mit dem Nachweis, daß im Bereich der Rationalisierungsinvestitionen kein Vorrang der Tarifautonomie existiert, wie er in den §§ 77 Abs. 3, 87 Abs. 1 BetrVG niedergelegt ist und er – wie verschiedentlich vertreten wird¹²¹ – auf die unternehmerische Mitbestimmung analog angewendet werden soll. Die Statuierung eines Vorranges des Tarifvertrages bei Betriebsvereinbarungen über Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen sowie im Rahmen des Mitbestimmungsrechts über soziale Angelegenheiten ist wohl auf die Vorstellung zurückzuführen, daß sich der Betriebsrat nicht zur Ersatzkoalition entwickeln dürfe¹²². Das Prestige der vom Selbstbestimmungsgedanken getragenen Gewerkschaften müsse gewahrt bleiben. Der Betriebsrat und die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat sollen deshalb nur supplementär dort tätig werden, wo die Gewerkschaften den Schutz der Arbeitnehmer aufgrund irgendwelcher Umstände nicht wahrnehmen wollen oder können¹²³.

Der Schluß, daß den Koalitionen überall weiter gespannte Einflußmöglichkeiten als den Trägern der Mitbestimmung eröffnet werden müssen, ist jedoch nicht haltbar. Beispielsweise bei der Aufstellung des Sozialplanes im Falle von Betriebsänderungen verdrängt die Tarifautonomie keineswegs die Regelungsbefugnis des Betriebsrates (§ 112 Abs. 1 Satz 4 BetrVG)¹²⁴. Die Möglichkeit zu vereinbaren, daß Kündigungen der Zustimmung des Betriebsrates beziehungsweise der Einigungsstelle bedürfen, existiert nach zutreffender Ansicht gar nur im Verhältnis Arbeitgeber – Betriebsrat¹²⁵. Im Hinblick auf die Steuerung von Rationalisierungsinvestitionen hat schließlich nach herrschender Meinung¹²⁶ und anfänglich wohl auch nach Auffassung der Gewerkschaften¹²⁷ nie eine auf das Recht zum Arbeitskampf gegründete Tariftmacht bestanden. Die Gewerkschaften wollten¹²⁸ vielmehr mit Hilfe einer paritätischen Mitbestimmung von Arbeitnehmern, die nach den Vorschlägen

121 Scholz, Mitbestimmung (Fn. 66), S. 71 f.; Säcker, DRdA 1973, S. 95 f.

122 Biedenkopf, Grenzen (Fn. 20), S. 281 f.; Richardi, Kollektivgewalt (Fn. 7), S. 267 ff.; ders., Betriebsverfassung (Fn. 49), S. 17; Rüthers, Tariftmacht (Fn. 5), S. 46 ff.; Thiele, GK-BetrVG (Fn. 54), § 77 Anm. 80; Fitting/Auffarth, BetrVG (Fn. 73), § 77 Anm. 50; einschränkend Zöllner, Festschrift Nipperdey (1965), Bd. II, S. 703 f.

123 Säcker, DRdA 1973, S. 95 f.

124 Dietz/Richardi, BetrVG (Fn. 54), § 112 Anm. 18 m. N.; Fabricius, GK-BetrVG (Fn. 54), § 112 Anm. 18.

125 Kraft, GK-BetrVG (Fn. 54), § 102 Anm. 64; Dietz/Richardi, BetrVG (Fn. 54), § 102 Anm. 126 m. w. N.

126 Siehe oben bei Fn. 5.

127 Siehe Entschließung des DGB zur Automation, in: Friedrichs, Automation und technischer Fortschritt (1963), S. 340. Vgl. ferner Biedenkopf, Festschrift Kronstein, S. 89.

128 Vgl. Biedenkopf, Grenzen (Fn. 20), S. 274 ff., der sich allerdings kritisch gegen einen historisierenden Ansatz wendet.

der Gewerkschaften gewählt werden sollten, auf Betriebs- und Unternehmensebene den Produktionsprozeß und das Verhalten der Unternehmen auf anderen Märkten¹²⁹ nach ihren Vorstellungen mitgestalten¹³⁰. Die Rechtsentwicklung ging jedoch in die entgegengesetzte Richtung. Im Betriebsverfassungsgesetz wurde, obwohl die betriebliche Mitbestimmung keinen Arbeitskampf kennt und der Einfluß der Gewerkschaften mediatisiert ist, dem Ziel einer gewerkschaftlichen Mitsprache in wirtschaftlichen Angelegenheiten eine Absage erteilt. Das kommt deutlich im Bericht des Vorsitzenden des Bundestagsausschusses für Arbeit, *Sabel*¹³¹, über die Beratung zum Betriebsverfassungsgesetz zum Ausdruck: Im Interesse der für den wirtschaftlichen Ablauf der im Rahmen der sozialen Marktwirtschaft erforderlichen freien Unternehmerinitiative sei ein Mitbestimmungsrecht untragbar¹³². Auch das Mitbestimmungsgesetz hat hier keine volle Wende gebracht; denn den Gewerkschaften wird nur in beschränktem Umfang unmittelbarer Einfluß eröffnet, und tendenziell bleibt das Übergewicht der Kapitaleignerseite gewahrt. Diese Wertungen prägen¹³³, auch wenn sie nicht ausdrücklich normiert sind, das Verhältnis zwischen Tarifvertrag und Mitbestimmung, so wie auch das Betriebsverfassungsgesetz dazu geführt hat, daß die betriebsverfassungsrechtliche Tarifkompetenz der Koalitionen einschneidend beschnitten wurde¹³⁴. Eine Aushöhlung der Tarifautonomie¹³⁵ ist hierdurch nicht zu besorgen, da sich in der Gesamtsicht der ausschließlich den Trägern der Mitbestimmung eröffnete Mitwirkungsbereich in verhältnismäßig engen Grenzen hält.

IV. Der Spielraum schuldrechtlich wirkender Abreden

Die hier in ihren Grundzügen entwickelten Schranken gelten gleichermaßen für rein schuldrechtlich wirkende Abreden wie für Rationalisierungsschutzabreden in Form von Inhaltsnormen. Die Tarifvertragsparteien können sich, falls sie lediglich obligatorisch wirkende Vereinbarungen treffen, nicht auf die unbegrenzte Vertragsfreiheit berufen. Es kann hier dahingestellt bleiben, ob sich die Koalitionen

129 *Simitis*, AuR 1975, S. 327 f.

130 Vorschlag des DGB zur Neuordnung der deutschen Wirtschaft, abgedr. RdA 1950, S. 183 ff.; Gesetzentwurf des DGB, abgedr. RdA 1950, S. 227 ff.; vgl. dazu *Biedenkopf*, Grenzen (Fn. 20), S. 140 f.

131 *Sabel*, RdA 1952, S. 292 f.

132 Vgl. auch *Richardi*, Kollektivgewalt (Fn. 7), S. 262 ff.; *Rüthers*, Tarifmacht (Fn. 5), S. 47.

133 Vgl. *Reuter*, ZfA 1976, S. 135 f.

134 Siehe Fn. 73.

135 Hierbei sind auch die Kompensationen im Bereich der Mitbestimmung zu berücksichtigen.

überhaupt im Bereich der Vertragsfreiheit bewegen¹³⁶, wenn sie Regeln aufstellen, die faktisch die Chancen Dritter regulieren, oder ob sich auch hier ihre Regelungsmacht auf das Tarifvertragsgesetz gründet¹³⁷. Jedenfalls darf die Vertragsfreiheit, die einen tendenziell gerechten Ausgleich der Interessen ermöglichen soll, nicht ohne weiteres von der Machtfrage¹³⁸ abgelöst werden. Dort, wo wesentliche Macht im Spiel ist, besteht immer die Gefahr, daß entweder dem Vertragspartner oder aber Dritten ungerechtfertigte Lasten auferlegt werden. Das zu steuern, ist Aufgabe des Rechts. Wenn nun der Gesetzgeber die Freiheit der Sozialpartner einengt, Regelungen mit unmittelbarer, teilweise unabdingbarer Wirkung zu erlassen, so kann auch deren Freiheit im schuldrechtlichen Bereich nicht unberührt bleiben. Dabei muß man den Koalitionen gar nicht den Vorwurf der Umgehungsabsicht machen können. Entscheidend ist allein, daß die Wertung, die die Beschränkung der Normsetzungsbefugnis trägt, auf die Freiheit ausstrahlt, obligatorisch bindende Abreden zu treffen. Der Schutz des für die Allgemeinheit wichtigen innovatorischen Prozesses und der Außenseiter rechtfertigt mithin im gleichen Umfang das Verbot von Rationalisierungsschutzabreden mit normativer wie mit schuldrechtlicher Wirkung^{139, 140}. Der Umstand allein, daß die schuldrechtlichen Vereinbarungen nicht unmittelbar¹⁴¹ das Arbeitsverhältnis oder jedenfalls die Gestaltungsmacht des Arbeitgebers gegenüber Außenseitern beeinflussen, eröffnet den Koalitionen keinen weiteren Spielraum. Die von schuldrechtlichen Abreden ausgehenden Gefahren für den technischen und organisatorischen Fortschritt sowie die Stellung

136 So Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht, 7. Aufl. 1967, Bd. II 1, S. 392; Hueck/Nipperdey/Stahlhacke, TVG (Fn. 6), § 1 Anm. 82, 88; Herschel, Verh. d. 46. DJT (Fn. 15), S. 19; Biedenkopf, Grenzen (Fn. 20), S. 17 f.; Ramm, JuS 1966, S. 229; Reuß, AcP 166, S. 524; Leventis, Differenzierungsklauseln (Fn. 86), S. 98; differenzierend Coester, Vorrangprinzip (Fn. 20), S. 115 ff., 121.

137 Vgl. Säcker, BB 1966, S. 1031; ders., Grundprobleme (Fn. 12), S. 28 f.; wohl auch Zöllner, ArbR (Fn. 5), S. 220. Hölters, Harmonie (Fn. 10), S. 107 f., gründet die Befugnis zu schuldrechtlichen Vereinbarungen auf dem Gebiet der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen unmittelbar auf Art. 9 Abs. 3 GG. Er übersieht dabei, daß auch das Recht zur schuldrechtlichen Beeinflussung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen eines konkretisierenden Gesetzes bedarf. Einschränkend Hölters, a.a.O., S. 112, 131 ff.

138 Reuter, Festschrift Böhm (1975), S. 547.

139 Daß es hierbei auf die tragenden Wertungen ankommt, nicht jedoch darauf, ob etwas mit schuldrechtlichen Mitteln erreicht werden soll, was normativ nicht geregelt werden kann, hebt Zöllner, Differenzierungsklauseln (Fn. 20), S. 40 ff., zutreffend hervor. Zustimmung Wiedemann/Stumpf, TVG (Fn. 5), § 1 Anm. 372.

140 Ähnlich im Ansatz Richardi, Kollektivgewalt (Fn. 7), S. 199 ff.; Biedenkopf, Grenzen (Fn. 20), S. 12 ff.; Coester, Vorrangprinzip (Fn. 20), S. 122.

141 Zur Bedeutung des faktischen Einflusses von Machträgern auf die Vertragsfreiheit vgl. Richardi, Kollektivgewalt (Fn. 7), S. 200 ff., 210; L. Raiser, JZ 1958, S. 3 ff.; Biedenkopf, Vertragliche Wettbewerbsbeschränkungen und Wirtschaftsverfassung (1958), S. 128 ff.

der Außenseiter sind nämlich nicht wesentlich geringer¹⁴² als die normativen Bestimmungen entspringende Gefährdung. Dazu bedarf es zum Beweis nur eines Blickes auf das Kartellrecht¹⁴³.

V. Vereinbarkeit mit Art. 9 Abs. 3 GG

Die aus den Mitbestimmungsregelungen und aus dem Gedanken des Außenseiter-schutzes abgeleitete restriktive Interpretation des § 1 Abs. 1 TVG braucht auch nicht im Wege verfassungskonformer Auslegung korrigiert zu werden.

In Art. 9 Abs. 3 GG ist zwar schlechthin von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen die Rede. Man ist sich jedoch heute weitgehend darin einig, daß sich die Grenzen der Koalitionsausübungsfreiheit nicht ausschließlich anhand des vagen¹⁴⁴ Wortlautes des Art. 9 Abs. 3 GG umreißen lassen. Im Hinblick auf die Tarifautonomie ist vielmehr davon auszugehen, daß Art. 9 Abs. 3 GG nur eine ausfüllungsbedürftige Weisung enthält, die die Ausformung des Koalitionsmittels in weitem Umfang in das pflichtgemäße¹⁴⁵ Ermessen des Gesetzgebers stellt. Dabei ist das zur Zeit des Inkrafttretens des Grundgesetzes gültige Tarifvertragsgesetz in seiner besonderen Ausprägung keineswegs dem Zugriff des Gesetzgebers entzogen¹⁴⁶.

Für die Zulässigkeit einer Einschränkung der Tarifautonomie zum Schutze der Außenseiter und der im Interesse der Allgemeinheit liegenden Innovation ist es unerheblich, ob man die Koalitionen als Träger sozialer Selbstverwaltung¹⁴⁷, die in öffentlicher¹⁴⁸ Verantwortung¹⁴⁹ eine sinnvolle Ordnung schaffen sollen, begreift

142 Vgl. *Wagenitz*, Grenzen (Fn. 78), S. 107; *Richardi*, Kollektivgewalt (Fn. 7), S. 200 ff. Wenn in diesem Zusammenhang auf die Schwächen verbandsmäßiger Einwirkung hingewiesen wird (*Gamillscheg*, Differenzierung [Fn. 7], S. 75 ff.; *Nikisch*, RdA 1962, S. 39; *Hueck/Nipperdey/Stahlhacke*, TVG [Fn. 6], § 1 Anm. 86), so ist sie doch nicht naturgegeben, sondern hängt von der – veränderbaren – Struktur der Koalitionen, insbesondere des Arbeitgeberverbandes ab. Sie fehlt völlig bei Firmentarifverträgen.

143 Vgl. *Reuter*, Festschrift Böhm (1975), S. 547 f.; ähnlich *Richardi*, Kollektivgewalt (Fn. 7), S. 208 ff.

144 *Scholz*, Koalitionsfreiheit (Fn. 78), S. 44; *Richardi*, Kollektivgewalt (Fn. 7), S. 180; *Säcker*, Grundprobleme (Fn. 12), S. 41; *Gerhardt*, Koalitionsgesetz (Fn. 82), S. 160.

145 BVerfG, AP Nr. 16 zu Art. 9 GG, Bl. 665.

146 BVerfG, AP Nr. 24 zu § 2 TVG, Bl. 1068.

147 Vgl. *Bulla*, Festschrift Nipperdey (1965), Bd. II, S. 81; kritisch: *Richardi*, Kollektivgewalt (Fn. 7), S. 2; *Säcker*, Grundprobleme (Fn. 12), S. 27; *Hölters*, Harmonie (Fn. 10), S. 99 f.

148 BVerfG, AP Nr. 16 zu Art. 9 GG; *W. Weber*, Göttinger Festschrift für das OLG Celle (1961), S. 246; *Säcker*, Gruppenautonomie (Fn. 16), S. 242; *Gamillscheg*, Differenzierung (Fn. 7), S. 37, 95 ff.; *Krüger*, 46. DJT (Fn. 12), S. 27; *Bulla*, Festschrift Nipperdey (1965), Bd. II, S. 82; zu Recht kritisch zum Aussagegehalt dieser Formel *Martens*, Öffentlich als Rechtsbegriff (1969), S. 163 f.; *Richardi*, Kollektivgewalt (Fn. 7), S. 145 f.; *Hölters*, Harmonie (Fn. 10), S. 104; *Coester*, Vorrangprinzip (Fn. 20), S. 60 f.; vgl. auch *Wagenitz*, Grenzen (Fn. 78), S. 13 f.

oder – m. E. richtiger – als der Privatrechtsordnung angehörende Träger gegenwärtiger Marktmacht¹⁵⁰, die entsprechend der innerverbandlichen Willensbildung¹⁵¹ selbstverantwortlich ihre Präferenzen definieren¹⁵². Billigt man nämlich den Koalitionen eine öffentliche Funktion zu, so muß man sie auch in besonderer Weise auf die Beachtung des Gemeinwohles verpflichten¹⁵³. In Sicherung dieser Gemeinwohlverpflichtung kann der Gesetzgeber auch die Handlungsspielräume beschneiden. Ebenso wenig sind die Koalitionen als der Privatrechtsordnung zuzurechnende Träger gegenwärtiger Marktmacht völlig frei. Angesichts der strukturellen Schwäche jedes Systems der countervailing power kann der parlamentarisch-demokratisch und sozialstaatlich legitimierte Staat nicht darauf verzichten, der Freiheit der Koalitionen dort Schranken¹⁵⁴ zu setzen, wo die Koalitionen das Gemeinwohl¹⁵⁵ oder die Interessen Dritter¹⁵⁶ unverhältnismäßig bedrohen¹⁵⁷.

Wie weit diese Kompetenz des Gesetzgebers reicht, braucht hier nicht im einzelnen erörtert zu werden. Sie ist jedenfalls nicht¹⁵⁸ an das Kriterium »Allgemeinheit des Gesetzes«¹⁵⁹ gebunden, wenn man es so versteht, daß die Reichweite der die Betätigungsfreiheit der Koalitionen regelnden Norm gleichermaßen für deren Verhalten und für die Ausübung individueller Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit gelten müsse. Damit würde man nämlich das Machtproblem verkennen¹⁶⁰. Die aus der Koalitionsbildung resultierende Macht kann gerade gegen die Koalitionen gerichtete Gesetze erfordern, weil bestimmte Interessen Dritter und der Allgemeinheit nur durch mit wesentlicher Macht ausgestattete Gebilde gefährdet werden können. Zutreffend erscheint die Forderung nach »Allgemeinheit« des Schranken-

149 Wiedemann/Stumpf, TVG (Fn. 5), Einl., Anm. 197.

150 Richardi, Betriebsverfassung (Fn. 49), S. 7 f.; Coester, Vorrangprinzip (Fn. 20), S. 62 ff.

151 Siehe Fn. 82.

152 Scholz, Koalitionsfreiheit (Fn. 78), S. 149; Coester, Vorrangprinzip (Fn. 20), S. 62.

153 Wiedemann/Stumpf, TVG (Fn. 5), Einl., Anm. 197 ff.; so im Ansatz auch Zöllner, ArbR (Fn. 5), S. 259.

154 Von einem »Schranken«-Ansatz gehen aus Richardi, Anm. zu BAG, AP Nr. 44 zu Art. 9 GG »Arbeitskampf«; Scholz, Koalitionsfreiheit (Fn. 78), S. 218 ff.; Gerhardt, Koalitions-gesetz (Fn. 82), S. 166; Badura, RdA 1974, S. 137; Coester, Vorrangprinzip (Fn. 20), S. 62.

155 BVerfG, AP Nr. 23 zu Art. 9 GG; Reuter, ZfA 1976, S. 123; Badura, RdA 1974, S. 137; v. Arnim, Gemeinwohl (Fn. 31), S. 107 f.; weitere Nachw. bei Wiedemann/Stumpf, TVG (Fn. 5), Einl., Anm. 193 ff.

156 Vgl. BVerfG, AP Nr. 16 zu Art. 9 GG: Schutz der Außenseiter.

157 BVerfG, AP Nr. 16 zu Art. 9 GG.

158 Kritisch zur Forderung nach »Allgemeinheit« des Schrankengesetzes Reuter, ZfA 1976, S. 123 ff.; Gerhardt, Koalitions-gesetz (Fn. 82), S. 151 ff.

159 Scholz, Koalitionsfreiheit (Fn. 78), S. 335 ff.

160 Vgl. auch Hölters, Harmonie (Fn. 10), S. 68; Gerhardt, Koalitions-gesetz (Fn. 82), S. 174 f.

gesetzes jedoch dann, wenn man sie dahin interpretiert, daß der Beschränkung der Koalitionsmittel Wertungen zugrunde liegen müssen, die auch für das Verhalten von Individuen gelten. Diese Forderung ist beim Verbot einer Behinderung von Rationalisierungsinvestitionen erfüllt, da hier ein Interesse der Allgemeinheit und der Außenseiter geschützt wird, deren Schutz auf den Güter- und Dienstleistungsmärkten das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen gewidmet ist. Einer Restriktion des § 1 Abs. 1 TVG, die lediglich in sachlich gebotenem Umfang sicherstellt, daß der technologische und organisatorische Wandel nicht übermäßig¹⁶¹ verlangsamt und Außenseiter in ihren Berufschancen nicht allzu sehr beeinträchtigt werden, kann auch nicht der Vorwurf einer Aushöhlung der Tarifautonomie in ihrem Kernbereich gemacht werden. Sie steht deshalb durchaus im Einklang mit Art. 9 Abs. 3 GG.

D. Fallgruppen

Die Zulässigkeit von Rationalisierungsschutzabreden ist somit vor allem daran zu messen, ob Außenseitern in erheblichem Maße reale Chancen neuer Arbeitsplätze dadurch genommen werden, daß der Arbeitgeber in seinen Möglichkeiten zur Ausformung der betrieblichen Verhältnisse eingeschränkt wird. Zum gleichen Resultat muß man kommen, falls Rationalisierungsschutzabreden im Vergleich zu einem funktionsfähigen Wettbewerbsmarkt die Innovationsgeschwindigkeit übermäßig zu verringern drohen. Dabei kann die Minderung der Innovationsgeschwindigkeit nicht an exakten »als ob«-Maßstäben gemessen werden, für die alle justitablen Kriterien fehlen. Das nötigt dazu, anhand von Tendenzaussagen abstrakt-typisierende Fallgruppen auszuformen. Das Gewicht der mit dem Ziel einer optimalen Förderung der Innovation kollidierenden Arbeitsplatzsicherheit hat man anhand von Wertungen zu bestimmen, die § 1 KSchG und dem § 112 BetrVG zu entnehmen sind. Das heißt, daß die Gerichte nicht dazu aufgerufen sind, von Fall zu Fall darüber zu befinden, ob eine Senkung der Rationalisierungsgeschwindigkeit im Interesse des Gemeinwohles und der Gesamtwirtschaft liegt. Auf den Gütermärkten sind zwar Strukturkrisenkartelle zulässig, falls als Folge einer nachhaltigen Änderung der Nachfrage eine planmäßige Anpassung der Kapazitäten an den Bedarf herbeigeführt werden soll (§ 4 GWB). Derartige Kartelle sind jedoch nicht eo ipso gültig, sondern bedürfen der vorherigen Genehmigung der Kartellbehörde. An ihre Stelle kann sich kein Gericht setzen. Das Ziel einer »planmäßigen Anpassung« kann mithin nur im Rahmen einer auf die Bildung von Fallgruppen zugeschnittenen Güterabwägung berücksichtigt werden¹⁶².

¹⁶¹ BVerfG, AP Nr. 16 zu Art. 9 GG; vgl. ferner *Seiter*, Streikrecht (Fn. 5), S. 113.

¹⁶² Es liegt zwar nahe – in Parallele zu § 18 GWB –, auf eine am Einzelfall orientierte Interessenabwägung abzuheben. Aber auch im Rahmen des § 18 GWB wird zu Recht die

1. Investitionsverbote

Daraus folgt zum Beispiel, daß eine tarifliche Regelung, die die Einführung eines Arbeitskräfte sparenden Verfahrens oder die Ersetzung einer bestimmten Berufsgruppe durch eine andere untersagt, als unzulässig anzusehen ist. Auf einem funktionsfähigen Wettbewerbsmarkt würden in einem Fall, in dem die Nachfrage nach einem Produktionsfaktor zu sinken droht, die Anbieter entweder auf andere Märkte abwandern oder aber ihre Konditionen herabsetzen. Dazu steht eine Tarifpolitik in eklatantem Widerspruch, die auf die Minderung der Nachfrage nach einer bestimmten Art von Arbeitskraft nicht mit einer Senkung der Konditionen oder mit der Förderung der Mobilität antwortet, sondern mit Macht die Nachfrage auf dem alten Stand festzuschreiben versucht¹⁶³. Hinzu kommt gegebenenfalls die Beeinträchtigung der Arbeitsmarktchancen von Außenseitern, denen das Rationalisierungsverbot die Gelegenheit nimmt, neue Arbeitsplätze zu erlangen. Demgegenüber fällt der Wert der Arbeitsplatzsicherheit für bestimmte Berufsgruppen nicht so stark ins Gewicht, als daß eine nach den Grundsätzen des funktionsfähigen Wettbewerbes angebrachte Rationalisierungsinvestition blockiert werden dürfte. Der Schutz der Arbeitnehmerinteressen kann nicht so weit gehen, daß die Koalitionen in die Lage versetzt werden, partiell ständische Strukturen zu schaffen. Das beweist sowohl § 1 KSchG als auch § 112 BetrVG, der dem Betriebsrat nur die Macht verleiht, einen Ausgleich der wirtschaftlichen Nachteile in Geld zu verlangen und dadurch auch mittelbar die Anpassung an sich wandelnde Produktionsverhältnisse zu erleichtern. Wollte man darüber hinaus die Sicherung des vollen immateriellen Wertes des Arbeitsplatzes zulassen, so müßte man absolute Änderungsverbote gestatten, die in klarem Widerspruch zu den gesamtwirtschaftlichen Zielsetzungen stehen.

Erst recht unzulässig sind Abreden, in denen die Rationalisierungsvorhaben von der Zustimmung der Gewerkschaften abhängig gemacht werden. Diese Variante eines Rationalisierungsschutzabkommens gibt nämlich der Gewerkschaft die Möglichkeit, ihre Zustimmung so zu dosieren, daß das Überleben des jeweiligen betroffenen Unternehmens auf dem Markt gerade noch gewährleistet bleibt. Die Gewerkschaft müßte also nicht wie bei abstrakt formulierten, für einen längeren Zeitraum gültigen Rationalisierungsschutzvereinbarungen eine Sicherheitsmarge einkalkulieren, die dem Unternehmer immerhin einen gewissen Spielraum für Veränderungen der Produktionsstrukturen beläßt. Derartige Rationalisierungsschutz-

Ansicht vertreten, daß man dort, wo auf einer Seite ein marktbeherrschendes Unternehmen tätig werde, ein per-se-Verbot statuieren müsse (*J. Baur*, Der Mißbrauch im deutschen Kartellrecht [1972], S. 212 ff. m. w. N.). Die Macht der Koalitionen läßt sich nun durchaus der von marktbeherrschenden Unternehmen gleichsetzen. Überdies fehlt bei Rationalisierungsschutzabkommen im Unterschied zu dem von § 18 GWB erfaßten Normalfall jede Vermutung dafür, daß Kräfte des dynamischen Wettbewerbes gefördert werden können.

163 Vgl. *Simler*, 70 *Journal of Political Economy* (1962), S. 299 ff.

abreden gefährden deshalb in weit stärkerem Ausmaß¹⁶⁴ den technologischen und organisatorischen Wandel als generelle Rationalisierungsverbote. Zulässig sind demnach nur solche Rationalisierungsverbote, die dem Schutz der Gesundheit der Arbeitnehmer oder nach gesicherten arbeitswissenschaftlichen Erfahrungen der Humanisierung der Arbeitswelt dienen.

II. Beschäftigungsgebote und -verbote

Schwieriger ist die Beurteilung von tariflichen Abmachungen, in denen nicht unmittelbar bestimmte Investitionen untersagt werden, sondern lediglich Beschäftigungsgebote oder -verbote aufgestellt werden.

Soweit hierdurch gleichsam durch die Hintertür Innovationen unterbunden oder bestimmten Berufsgruppen Arbeitsplätze vorenthalten werden sollen, verfallen sie dem gleichen Verdikt wie Rationalisierungsverbote.

Das muß aber nicht notwendig so sein. Man denke nur an das Beispiel des Heizers auf der Diesellokomotive¹⁶⁵. Hier könnte man behaupten, daß der Arbeitgeber letztlich nur gezwungen werde, eine »höhere Lohnsumme« zu zahlen, die anstatt ausschließlich auf die sinnvoll tätigen Arbeitnehmer auf eine Vielzahl von Arbeitnehmern aufgeteilt werde. Man darf dabei aber auch nicht übersehen, daß auf Wettbewerbsmärkten kaum jemals ein Gut nachgefragt wird, von dem von vornherein bekannt ist, daß hierfür keine Verwendung besteht. Solche Klauseln wirken außerdem diskriminierend^{165a}; denn sie sichern bestimmten Arbeitnehmergruppen auf Dauer ohne jegliche Arbeitsleistung^{165b} vollen Lohn. Der Umstand allein, daß ihr Arbeitsplatz infolge technischen Wandels weggefallen ist, vermag diesen Unterschied im Vergleich zu den Arbeitnehmern, die eine Arbeitsleistung erbringen, nicht zu rechtfertigen^{165c}.

164 Insoweit enthält die von *Biedenkopf*, Verh. d. 46. DJT (Fn. 17), S. 158 ff., vorgeschlagene Differenzierung eine zutreffende Beobachtung.

165 Siehe bei Fn. 2.

165 a Es kann hier offenbleiben, ob das Diskriminierungsverbot unmittelbar auf Art. 3 GG (so die h. M.; BAG [grundlegend AP Nr. 4 zu Art. 3 GG]; *Wiedemann/Stumpf*, TVG [Fn. 5], Einl., Anm. 57 m. w. N.) oder m. E. richtiger auf dem Macht regulierenden, arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgebot (*Zöllner*, ArbR [Fn. 5], S. 65 ff., 133; *Richardi*, Kollektivgewalt [Fn. 7], S. 165) beruht.

165 b Vgl. auch *Wiedemann/Stumpf*, TVG (Fn. 5), Einl., Anm. 63, die zu Recht eine ausschließliche Berücksichtigung des Bedürfnisprinzips als bedenklich bezeichnen.

165 c In dem in Fn. 3 erwähnten Fall unterschiedlicher Anforderungen an die Arbeitsgeschwindigkeit wird zwar nicht ausschließlich auf das Bedürfnisprinzip abgestellt. Die dort geschilderte Regelung soll aber den Fachkräften nicht nur den Übergang erleichtern, sondern ihnen auf Dauer einen Vorsprung vor Arbeitskräften sichern, deren Fähigkeiten durch den technischen Wandel aufgewertet wurden. Dieses Bedürfnis rechtfertigt keine auf

Der Vorwurf der Diskriminierung kann einer normativ wirkenden Regelung nach dem Vorbild des »Spritzpistolen«-Falles nicht gemacht werden. Sofern mit einer derartigen Regelung Kompensationen auf der Ebene der Löhne einhergehen, ist gegen eine solche Abrede nichts einzuwenden, zumal die Außenseiter an die mittelbare Verkürzung von Arbeitszeit und Lohn nicht gebunden sind. Für das Urteil, ob die Festsetzung der Tariflöhne einen hinreichenden Ausgleich bringt^{165d}, fehlen indessen alle Maßstäbe, so daß solche Tarifregelungen hingenommen werden müssen. Zu einer Versteinierung der Produktionsstrukturen muß es deshalb nicht kommen, da der Druck der Außenseiter dafür sorgen wird, daß derartige Abkommen bald zu Fall kommen.

III. Ausgleichszahlungen

Zulässig sind grundsätzlich auch Tarifvereinbarungen über reine Ausgleichszahlungen, wie sich schon mittelbar aus § 112 Abs. 1 Satz 4 BetrVG ergibt. Diese Ausgleichszahlungen sind als risikoabhängiges Entgelt anzusehen. Sie sollen nicht die Marktverhältnisse festschreiben, sondern lediglich den Wechsel erleichtern. Sie sind ihrer Struktur nach für Wettbewerbsmärkte nicht untypisch.

Freilich dürfen solche Vereinbarungen nicht dazu benutzt werden, um die Unwirksamkeit von Abkommen über Rationalisierungsverbote zu umgehen. Eine derartige Umgehung wäre bei augenscheinlich prohibitiven Ausgleichslasten zu bejahen; so, wenn beispielsweise der Arbeitgeber verpflichtet wird, den durch die Rationalisierung erzielten Produktivitätszuwachs voll in Form von Ausgleichszahlungen an die Arbeitnehmer auszuschütten. Gleiches gilt, falls der Tarifvertrag die Höhe der Ausgleichszahlungen in das Ermessen der Gewerkschaften stellen würde.

IV. Kündigungsbeschränkungen

Eine Verlängerung der Kündigungsfristen und Verbote ordentlicher Kündigungen für ältere, schon einige Zeit im Unternehmen tätige Arbeitnehmer fallen in den Bereich der Tarifautonomie, da sie – in wirtschaftlicher Betrachtungsweise – nichts anderes als ein zusätzliches, vom Arbeitsplatzrisiko abhängiges Entgelt darstellen, das den Unternehmer in ähnlicher Weise wie die Verpflichtung zu Ausgleichszah-

die Tarifmacht gegründete unterschiedliche Behandlung; denn das Bedürfnis nach absoluter Sicherung der einmal im Arbeitsleben erlangten Position ist in einer auf Innovation angelegten Wirtschaftsordnung nicht schützenswert, schon gar nicht, wenn dies zu Lasten einer im Verband unterrepräsentierten Gruppe von Arbeitnehmern geht. So im Ergebnis auch *Biedenkopf*, Grenzen (Fn. 20), S. 112 ff.

165 d Das muß nämlich nicht notwendig der Fall sein; vgl. *Weinstein* (Fn. 33 a), S. 148 f.

lungen belastet. Unzulässig sind allerdings Kündigungserschwerungen und -hindernisse, die offensichtlich so ausgeformt sind, daß sie sämtliche oder bestimmte, in naher Zukunft bevorstehende Rationalisierungsinvestitionen unrentabel machen sollen. Die Koalitionen können auch nicht vereinbaren, daß die durch Rationalisierungsvorgänge ausgelösten Kündigungen von Fall zu Fall von der Zustimmung der Gewerkschaft abhängig gemacht werden. Klauseln mit schuldrechtlicher Wirkung würden es nämlich der Gewerkschaft weitgehend erlauben, nach ihren Vorstellungen den Rationalisierungsprozeß zu steuern. Gelten sie nur für die tarifgebundenen Arbeitnehmer, so wird ein übermäßiger Druck auf die Außenseiter ausgeübt, der Gewerkschaft beizutreten, weil sie besorgen müssen, daß auf Dauer in erster Linie die Gewerkschaftsmitglieder von Kündigungen verschont bleiben. Das Betriebsverfassungsgesetz hat deshalb in § 102 Abs. 6 nur¹⁶⁶ dem Betriebsrat die – nicht erzwingbare – Möglichkeit eröffnet, mit dem Arbeitgeber zu vereinbaren, daß Kündigungen seiner Zustimmung bedürfen. Selbst der Betriebsrat kann sich aber kein absolutes Vetorecht einräumen lassen; denn seine Zustimmung kann durch die der Einigungsstelle ersetzt werden. Das zeigt deutlich, daß die Gewerkschaften im Interesse der Außenseiter und der Anpassungsfähigkeit der Unternehmer von einer fallweisen Einflußnahme auf die Personalpolitik ausgeschaltet werden müssen.

E. Zusammenfassung

1. Rationalisierungsschutzabkommen können das Interesse der Allgemeinheit an wirtschaftlichem Wachstum sowie an technischer und organisatorischer Innovation gefährden. Auch die Position von Gewerkschaftsaußenseitern kann durch Rationalisierungsschutzabkommen beeinträchtigt werden; beispielsweise dann, wenn die Schaffung von Arbeitsplätzen für neue Berufsgruppen durch die Tarifvereinbarung unterbunden wird.

2. Die im Tarifvertragsgesetz geregelte Tarifaufonomie beinhaltet keine Autonomie zur beliebigen Machtausübung. Sie dispensiert nicht von der Beachtung des vom Gesetzgeber definierten Gemeinwohles und der Interessen Dritter.

a) Die das Gemeinwohl tragenden Wertungen lassen sich unter anderem aus Regelungen über die betriebliche und überbetriebliche Mitbestimmung entnehmen. Gemäß § 106 BetrVG hat der Unternehmer das Produktions- und Investitionsprogramm mit dem Betriebsrat lediglich zu beraten. Der Betriebsrat kann nur den Ausgleich der wirtschaftlichen Nachteile, die die Arbeitnehmer infolge der Rationalisierung erleiden, erzwingen, nicht aber ein Rationalisierungsprogramm verhindern. Der Vorrang unternehmerischer Initiative wird auch bei der unterneh-

166 Vgl. Fn. 125.

mensbezogenen Mitbestimmung sichtbar, wo der unmittelbare Einfluß der Gewerkschaften beschnitten ist und tendenziell ein Übergewicht der stärker an Rationalisierungsmaßnahmen interessierten Kapitaleignerseite gewahrt ist. Die Ausformung der Mitbestimmung erhellt den hohen Stellenwert unternehmerischen Verhaltens, das wesentlich vom Rentabilitäts- und Wettbewerbsstreben getragen und initiiert wird.

b) Der Schutz der Außenseiter läßt sich aus der beschränkten Bindungswirkung der Tarifnormen (§ 3 Abs. 1 TVG) ableiten. Den Gewerkschaften steht keine Gesamtrepräsentationsfunktion zu. Auch auf die Macht, betriebliche Fragen im Rahmen des Tarifvertrages zu regeln, können nicht unumschränkt Rationalisierungsschutzabkommen zu Lasten der Außenseiter gestützt werden; denn der Begriff »betriebliche Fragen« ist eng zu fassen, soweit keine hochwertigen Rechtsgüter, wie Gesundheit, auf dem Spiele stehen. Den Außenseitern muß eine durch den Tarifvertrag nicht beengte Chance verbleiben, von den tariflichen Bedingungen abzuweichen, falls der Unternehmer aufgrund der Marktverhältnisse an sich bereit wäre, auf die Vorstellungen der Außenseiter einzugehen. Rationalisierungsschutzabkommen, die die Schaffung bestimmter Formen von Arbeitsplätzen unterbinden und auf diese Weise den Außenseitern wesentliche Berufschancen nehmen, stehen damit nicht im Einklang.

3. Die aus den Mitbestimmungsregelungen und aus der beschränkten Tarifbindung entwickelten Wertungen kommen gleichermaßen bei normativen und schuldrechtlich wirkenden Tarifbestimmungen zum Tragen.

4. Im einzelnen heißt das:

a) Tarifliche Rationalisierungsverbote in Form von Investitionsverboten sind in aller Regel unzulässig; denn sie drohen die Innovationsgeschwindigkeit übermäßig zu verringern und unmittelbar die Arbeitsmarktchancen von Außenseitern zu beeinträchtigen. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz gilt dann, wenn mit Hilfe des Rationalisierungsschutzabkommens die Gesundheit der Arbeitnehmer geschützt werden soll.

Erst recht unzulässig sind Rationalisierungsschutzabkommen, falls Rationalisierungsprogramme von einer im Einzelfall zu erteilenden Zustimmung der Gewerkschaft abhängig gemacht werden, da sich dann der Einfluß der Gewerkschaften und mithin die Gefährlichkeit von Rationalisierungsschutzabkommen potenziert.

b) Soweit durch Beschäftigungsverbote oder -gebote gleichsam durch die Hintertür Rationalisierungsinvestitionen unterbunden oder für bestimmte Berufsgruppen Arbeitsplätze gesichert werden sollen, sind derartige Rationalisierungsschutzvereinbarungen ebenfalls unzulässig. Daneben ist zu prüfen, ob nicht bestimmte Arbeitnehmergruppen ungerechtfertigt bevorzugt werden, falls sie infolge von Rationalisierungsschutzabkommen einen Lohn ohne sinnvolle Arbeit bekommen.

c) Tarifvereinbarungen über reine Ausgleichszahlungen sind zulässig, sofern sie nicht dazu dienen, anstehende Rationalisierungen von vornherein unwirtschaftlich zu machen. Gleiches gilt für Kündigungsbeschränkungen.